

KREDIT UND KONSORTIUM

Kreditformen und Kreditsicherungen;
Konsortialvereinbarungen unter Banken in bezug
auf einen gemeinsamen Kreditnehmer

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

DIETER BIERI

von St. Maria GR, Zürich
und Schangnau BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507228_0045

KREDIT UND KONSORTIUM

Kreditformen und Kreditsicherungen;
Konsortialvereinbarungen unter Banken in bezug
auf einen gemeinsamen Kreditnehmer

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

DIETER BIERI

von St. Maria GR, Zürich
und Schangnau BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. C. Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 93 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

VORWORT

Danken möchte ich Herrn Dr.iur. C. Thalmann, Rechtskonsulent beim Schweizerischen Bankverein, für die Idee zum Thema dieser Dissertation, den Herren lic.iur. W. Niggli und Rechtsanwalt H. Reiser für die anregenden Gespräche und Herrn Prof. Dr.iur. P. Fostmoser für die Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung gewährte. Mein Dank gilt aber vor allem meiner lieben Frau, Rechtsanwältin Marianne Bieri-Gut für den bereichernden Meinungsaustausch und für die Geduld, mit der sie das Gedeihen dieses Werkes verfolgte.

Der Verfasser

Inhaltsübersicht

B	KREDITERÖFFNUNGSVERTRAG	31
C	RAHMEN- UND SAMMELKREDITLIMITE	34
D	KREDIT- UND ANDERE BANKVERTRAGLICHE REGELUNGEN	35
§ 5	Sicherstellung des Kredites	37
A	KREDITE AUF UNGEDECKTER BASIS	
B	PERSONALSICHERHEITEN	38
C	REALSICHERHEITEN	41
§ 6	Haftung der Bank aus Kreditverhalten	55
A	HAFTUNGSANSPRUECHE DES KREDITNEHMERS	
B	HAFTUNGSANSPRUECHE VON DRITTLÄUBIGERN	61
2. TEIL	KONSORTIALVEREINBARUNGEN	69
§ 7	Wirtschaftlicher Gegenstand von Konsortialvereinbarungen	
A	GEGENSTAND DER KREDITBEZIEHUNG	
B	INTERESSENLAGEN	71
C	KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM KREDITBEREICH	76
D	KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM NICHTKREDITBEREICH	
E	ZUSAMMENFASSUNG	78
§ 8	Zulässigkeit von Konsortialvereinbarungen	79
A	SCHWEIGEPFLICHT ALS SCHRANKE VON KONSORTIALVEREINBARUNGEN	
B	INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	87
C	DIREKT WIRKENDE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	92

INHALTSUEBERSICHT

VORWORT	III
INHALTSUEBERSICHT	V
INHALTSVERZEICHNIS	IX
ABKUERZUNGSVERZEICHNIS	XXIII
LITERATURVERZEICHNIS	XXV

EINLEITUNG	1
------------	---

1. TEIL GRUNDLAGEN DES KREDITES	3
-------------------------------------	---

§ 1 Begriff des Kredites

A PROBLEMSTELLUNG	
B WIRTSCHAFTLICHER KREDITBEGRIFF	
C RECHTLICHER KREDITBEGRIFF	5
D KREDITBEZIEHUNG UND KREDITVERHALTEN	8

§ 2 Kreditarten

9

§ 3 Kreditformen

10

A DARLEHEN	
B KONTOKORRENTKREDIT	11
C AKZEPTKREDIT	12
D DISKONTKREDIT	15
E KAUTIONSKREDIT	18
F KREDITGEWAEHRUNG BEIM AKKREDITIV	25

§ 4 Krediteröffnungsvertrag

30

A KREDITLIMITE	
-------------------	--

Inhaltsübersicht

B	KREDITEROEFFNUNGSVERTRAG	31
C	RAHMEN- UND SAMMELKREDITLIMITE	34
D	KREDIT- UND ANDERE BANKVERTRAGLICHE REGELUNGEN	35
§ 5	Sicherstellung des Kredites	37
A	KREDITE AUF UNGEDECKTER BASIS	
B	PERSONALSICHERHEITEN	38
C	REALSICHERHEITEN	41
§ 6	Haftung der Bank aus Kreditverhalten	55
A	HAFTUNGSANSPRUECHE DES KREDITNEHMERS	
B	HAFTUNGSANSPRUECHE VON DRITTLAEUBIGERN	61
2. TEIL	KONSORTIALVEREINBARUNGEN	69
§ 7	Wirtschaftlicher Gegenstand von Konsortialvereinbarungen	
A	GEGENSTAND DER KREDITBEZIEHUNG	
B	INTERESSENLAGEN	71
C	KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM KREDITBEREICH	76
D	KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM NICHTKREDITBEREICH	
E	ZUSAMMENFASSUNG	78
§ 8	Zulässigkeit von Konsortialvereinbarungen	79
A	SCHWEIGEPFLICHT ALS SCHRANKE VON KONSORTIALVEREINBARUNGEN	
B	INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	87
C	DIREKT WIRKENDE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	92

§ 9	Rechtsausschliessende Vereinbarung	99
A	TATBESTAND	
B	VERTRAGSAUSSCHLUSS	100
C	RECHTSVERZICHT	108
D	HAFTUNG GEGENUEBER DRITTEN	117
§ 10	Gentlemen's Agreement	119
A	TATBESTAND	
B	AUSSCHLUSS VON SELBSTAENDIGEN HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN	120
C	UNSELBSTAENDIGE HAUPTLEISTUNGSPFLICHT	126
D	VERTRAGSQUALIFIKATION UND -INHALT	138
E	HAFTUNG GEGENUEBER DRITTEN	146
§ 11	Konsortialvertrag	147
A	TATBESTAND	
B	RECHTSNATUR	149
C	ENTSTEHUNG UND MITGLIEDSCHAFT	160
D	INNENGESELLSCHAFT AUF INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	165
E	GESELLSCHAFT MIT ERGAENZENDEN SCHULDVERTRAEKEN (KONSORTIALKREDIT)	188
F	AUSSENGESELLSCHAFT	224
G	SCHLUSSBETRACHTUNG	230

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	III
INHALTSUEBERSICHT	V
INHALTSVERZEICHNIS	IX
ABKUERZUNGSVERZEICHNIS	XXIII
LITERATURVERZEICHNIS	XXV

EINLEITUNG	1
------------	---

1. TEIL GRUNDLAGEN DES KREDITES	3
-------------------------------------	---

§ 1 Begriff des Kredites

A PROBLEMSTELLUNG

B WIRTSCHAFTLICHER KREDITBEGRIFF

I. Subjektives Element	
II. Objektives Element	4
III. Inhalt des wirtschaftlichen Kreditbegriffes	5

C RECHTLICHER KREDITBEGRIFF

I. Rechtliche Bedeutung des subjektiven Elementes des wirtschaftlichen Kreditbegriffes	
II. Rechtliche Bedeutung des objektiven Elementes des wirtschaftlichen Kreditbegriffes	6
III. Inhalt des rechtlichen Kreditbegriffes	7
IV. Vertragsparteien des Kredites	

D KREDITBEZIEHUNG UND KREDITVERHALTEN	8
---	---

§ 2 Kreditarten	9
-------------------	---

§ 3 Kreditformen	10
--------------------	----

A DARLEHEN

I. Rechtsnatur des Bankdarlehens	
II. Inhalt	

B KONTOKORRENTKREDIT	11
------------------------	----

Inhaltsverzeichnis

C	AKZEPTKREDIT	12
	I. Technik des Akzeptkredites	
	II. Rechtsnatur	13
	III. Inhalt	14
D	DISKONTKREDIT	15
	I. Technik des Diskontgeschäftes	
	II. Rechtsnatur	
	III. Inhalt	16
	IV. Einzelfragen	17
E	KAUTIONSKREDIT	18
	I. Allgemein	
	II. Garantie	19
	1. Inhalt	
	2. Rechtsnatur	
	III. Bürgschaft	20
	IV. Verhältnis von Bürgschaft und Garantie	21
	V. Wechselbürgschaft	22
	VI. Abgrenzungen	
	1. Kumulative Schuldübernahme	
	2. Anweisung (Akkreditiv)	
	3. Kreditauftrag	24
	VII. Definition des Kautionskredites	
F	KREDITGEWAEHRUNG BEIM AKKREDITIV	25
	I. Technik des Akkreditivgeschäftes	
	II. Rechtsnatur und Inhalt	26
	III. Kreditgewährung beim Akkreditiv	27
	1. Allgemein	
	2. Verhältnis von Akkreditiv und Kreditvertrag	28
	IV. Rembourskredit	29
§ 4	Krediteröffnungsvertrag	30
A	KREDITLIMITE	
	I. Problemstellung	
	II. Begriff	
B	KREDITEROEFFNUNGSVERTRAG	31
	I. Verhältnis zu den einzelnen Kreditgeschäften	
	II. Gestaltungsrecht	32
	III. Rechtsnatur	33
C	RAHMEN- UND SAMMELKREDITLIMITE	34
D	KREDIT- UND ANDERE BANKVERTRAGLICHE REGELUNGEN	35

§ 5	Sicherstellung des Kredites	37
A	KREDITE AUF UNGEDECKTER BASIS	
B	PERSONALSICHERHEITEN	38
I.	Begriff der Personalsicherheit	
II.	Bürgschaft und Garantie	
III.	Wechselbürgschaft	39
IV.	Kreditauftrag	
V.	Schuldmitübernahme	40
VI.	Patronatserklärung	
VII.	Akkreditiv	41
C	REALSICHERHEITEN	
I.	Begriff der Realsicherheit	
II.	Faustpfandrecht	42
1.	Generelles Pfandrecht und AGB	
2.	Fahrnispfandrecht	43
a)	Begriff des Fahrnispfandrechts	
b)	Besitzesübergabe	
3.	Registerpfandrecht	
4.	Irreguläres Pfandrecht	44
5.	Pfandrecht an Forderungen	45
6.	Sicherheitshinterlegung	
III.	Retentionsrecht	46
1.	Dingliches Retentionsrecht	
2.	Obligatorisches Zurückbehaltungsrecht	47
3.	Retentionsrecht und Faustpfand	
IV.	Eigentumsvorbehalt	48
V.	Grundpfand	49
VI.	Sicherungsübereignung	50
VII.	Sicherungszeession	51
1.	Rechtsnatur	
2.	Zeessionskredit	52
3.	Globalzeession	53
§ 6	Haftung der Bank aus Kreditverhalten	55
A	HAFTUNGSANSPRUECHE DES KREDITNEHMERS	
I.	Interesse der Parteien am Kreditverhalten	
1.	Interesse der Bank am fristlosen Kündigungsrecht	
2.	Interesse des Kreditnehmers an andauernder Kreditgewährung	
3.	Interessengegensatz	56
II.	Kündigungsrecht der Bank	
1.	Fristlose, ordentliche Kündigung gemäss den AGB	
a)	Keine Vertragsverletzung des Kreditnehmers	
b)	Vertragsverletzung des Kreditnehmers	57

Inhaltsverzeichnis

2.	Ausserordentliche Kündigung	58
a)	Vertragsverletzung des Kreditnehmers	
b)	Veränderte Vermögenslage des Kreditnehmers	
aa)	Verschlechterung der Vermögenslage	
bb)	Zahlungsunfähigkeit	59
III.	Schadenersatzpflicht der Bank	
1.	Zulässige Kündigung	
2.	Rechtsmissbräuchliche Kündigung	60
B	HAFTUNGSANSPRUECHE VON DRITGLAEBIGERN	61
I.	Interesse der Drittgläubiger	
II.	Haftung aus unerlaubter Handlung	
1.	Schaden, adäquater Kausalzusammenhang	
2.	Verschulden	62
3.	Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit	
4.	Kreditverhalten und Widerrechtlichkeit	63
III.	Haftung aus Vertrag	64
IV.	Schadenersatzansprüche des Kreditnehmers in der Zwangsvollstreckung	65
V.	Actio pauliana	
1.	Ueberschuldungspauliana	
2.	Absichtspauliana	66
3.	Benachteiligung	
VI.	Organhaftung	67
VII.	Kredit als Beteiligung	
2. TEIL	KONSORTIALVEREINBARUNGEN	69
§ 7	Wirtschaftlicher Gegenstand von Konsortialvereinbarungen	
A	GEGENSTAND DER KREDITBEZIEHUNG	
I.	Allgemeines	
II.	Kredit	
III.	Sicherstellung	70
IV.	Unternehmungsführung	
B	INTERESSENLAGEN	71
I.	Kreditnehmer	
1.	Mehrzahl von Banken	
2.	Konsortium der Banken	72
II.	Bank	73
1.	Mehrzahl von Banken	
2.	Konsortium der Banken	
a)	Kreditnehmer mit Bonität	
b)	Kreditnehmer ohne Bonität	74
aa)	Interessenkonflikt zwischen den Banken	
bb)	Potentieller neuer Kreditgeber	75

cc)	Politischer Druck	
dd)	Problemlösung durch Konsortium	
C	KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM KREDITBEREICH	76
D	KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM NICHTKREDITBEREICH	
	I. Problemstellung	
	II. Interesse der Bank	77
	III. Konsortialzweck	
E	ZUSAMMENFASSUNG	78
§ 8	Zulässigkeit von Konsortialvereinbarungen	79
A	SCHWEIGEPFLICHT ALS SCHRANKE VON KONSORTIALVEREINBARUNGEN	
	I. Bankgeheimnis	
	1. Grundsätze	
	2. Entbindung von der Geheimhaltungspflicht	80
	3. Zulässigkeit von Auskünften an Dritte	
	II. Bankgeheimnis und Konsortialgespräche	81
	1. Gegenstand von Konsortialgesprächen	
	2. Konsortialgespräche über geheime Tatsachen	
	a) Interesse des Kreditnehmers	
	b) Zustimmung des Kreditnehmers	82
	3. Konsortialgespräche über nicht geheime Tatsachen	83
	a) Gegenstand der Konsortialgespräche	
	b) Zulässigkeit	84
	III. Schweigepflicht unter Geheimnisträgern	
	IV. Praktische Relevanz der Schweigepflicht	85
B	INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	87
	I. Begriff	
	II. Erfordernis der Zustimmung des Kreditnehmers	
	III. Umfang der Zustimmung	88
	1. Problemstellung	
	2. Kreditverhalten ohne Konsortialvereinbarungen	
	3. Kreditrestriktionen	89
	4. Kreditkündigung aufgrund von Konsortialvereinbarungen	
	a) Bedingte Kündigung	
	b) Sofortige Kündigung	90
	c) Aufgeschobene Kündigung	91
	5. Konkurrenzabsprachen	
C	DIREKT WIRKENDE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	92
	I. Begriff	
	II. Erfordernis der Zustimmung	
	1. Kreditnehmer	

Inhaltsverzeichnis

2. Sicherungsgeber	93
III. Fehlende Zustimmung	
1. Sicherungsrechte	94
2. Kreditleistungen	95
a) Persönliche Erfüllung	
b) Darlehen, Kontokorrentkredit, Diskontkredit	
aa) Darlehen	
aaa) Darlehen und Kontovertrag	
bbb) Erfüllung durch Gutschrift	
ccc) Erfüllung durch Ueberweisung oder Barzahlung	96
bb) Kontokorrentkredit	
cc) Diskontkredit	97
c) Akzeptkredit, Kautionskredit	
§ 9 Rechtsausschliessende Vereinbarung	99
A TATBESTAND	
I. Geschäftsbeziehung	
II. Zweck	
B VERTRAGSAUSSCHLUSS	100
I. Privatautonomie	
1. Rechtsausschliessende Vereinbarung	
2. Abschlussfreiheit und tatsächliches Verhältnis	
II. Abgrenzung zu den faktischen Vertragsverhältnissen	102
1. Faktische Vertragsverhältnisse	
a) Allgemein	
b) Soziale Leistungsverpflichtung	
c) Faktisches Dauerschuldverhältnis	104
d) Sozialer Kontakt	
2. Vertragsausschluss und faktisches Vertragsverhältnis	106
a) Fehlen einer sozialen Leistungsverpflichtung	
b) Sozialer Kontakt und Privatautonomie	
III. Begründung	107
1. Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des OR	
2. Auslegung des Parteiwillens	
C RECHTSVERZICHT	108
I. Allgemein	
II. Schuldverhältnisse	109
1. Unerlaubte Handlungen	
a) Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit	
aa) Widerrechtlichkeit im allgemeinen	
bb) Verhalten nach Treu und Glauben	
cc) Bedeutung des Vertragsausschlusses	110

b)	Einwilligung des Verletzten und Handeln auf eigene Gefahr	111
2.	Ungerechtfertigte Bereicherung	112
a)	Allgemein	
b)	Einseitige Leistung	
aa)	Art. 63 I OR	
bb)	Art. 63 II OR	
cc)	Verhältnis von Art. 63 I zu 63 II OR	113
c)	Ausfall der erwarteten Gegenleistung	
III.	Begründung und Umfang des Rechtsverzichtes	114
1.	Selbständigkeit	
2.	Unerlaubte Handlung	
3.	Ungerechtfertigte Bereicherung	115
IV.	Umfang und Schranken	
1.	Umfang	
2.	Schranken	116
D	HAFTUNG GEGENUEBER DRITTEN	117
I.	Haftungsgrund	
II.	Ausschluss gesellschaftsrechtlicher Haftung (Abgrenzung zur faktischen Gesellschaft und zum Rechtsschein)	
§ 10	Gentlemen's Agreement	119
A	TATBESTAND	
I.	Geschäftsbeziehung, Zweck	
II.	Uneigentliches Gentlemen's Agreement	120
B	AUSSCHLUSS VON SELBSTAENDIGEN HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN	
I.	Zum Begriff der Leistungspflicht	
1.	Selbständige und unselbständige Leistungspflicht	
2.	Leistungspflicht im Gentlemen's Agreement	121
II.	Ausschluss selbständiger Leistungspflichten ohne Vertragsausschluss	
III.	Ausschluss unklagbarer Ansprüche und von Naturalobligationen	122
1.	Begriff des unklagbaren Anspruches und der Naturalobligation	
2.	Verhältnis zum Gentlemen's Agreement	123
a)	Uklagbare Ansprüche	
aa)	Vorteil unklagbarer Ansprüche	
bb)	Selbstbefriedigungsrecht	
cc)	Ausschluss unklagbarer Ansprüche	124
b)	Naturalobligation	
aa)	Vorteile der Naturalobligation	
bb)	Ausschluss von Naturalobligationen	125

Inhaltsverzeichnis

C	UNSELBSTAENDIGE HAUPTLEISTUNGSPFLICHT	126
I.	Treuepflicht als vertragliche Rechtspflicht	
1.	Rechtspflicht im Gentlemen's Agreement	
2.	Treuepflicht als vertragliche, unselbständige Hauptleistungspflicht	127
a)	Allgemein	
aa)	Unselbständige Hauptleistungspflicht	
bb)	Vertragliche Treuepflicht	
b)	Gentlemen's Agreement	128
aa)	Differenzierte Betrachtung der Willenserklärungen	
bb)	Parteiwille	129
cc)	Privatautonomie und Mindestvertragsinhalt	
3.	Verhältnis zu gesetzlichen Schuldverhältnissen	130
a)	Unerlaubte Handlung	
b)	Paulianische Anfechtungsklagen	131
c)	Ungerechtfertigte Bereicherung	132
II.	Treuepflicht des Gentlemen's Agreements	
1.	Begründung	
a)	Vertragsschluss	
b)	Auslegung des Gentlemen's Agreements	133
c)	Konkretisierung der Treuepflicht	134
aa)	Weitergabe von Informationen	
bb)	Kreditverhalten	
cc)	Ausschluss einer erweiterten Treuepflicht	135
2.	Wirkung der Treuepflicht	136
a)	Schadenersatz	
b)	Adäquater Kausalzusammenhang	
c)	Verschulden	137
3.	Zusammenfassung	
D	VERTRAGSQUALIFIKATION UND -INHALT	138
I.	Eigentliches Gentlemen's Agreement	
1.	Abschluss eines Gesellschaftsvertrages	
2.	Gesellschaftszweck	139
3.	Inhalt des Gesellschaftsvertrages	140
a)	Rudimentärer Vertragsinhalt	
b)	Beitragspflicht	141
aa)	Verhältnis zur gesetzlich vorgesehenen Treue- und Sorgfaltspflicht	
bb)	Schadenersatzleistung	142
4.	Änderungen des Mitgliederbestandes und Beendigung der Gesellschaft	143
a)	Grundsatz	
b)	Gentlemen's Agreement	
II.	Uneigentliches Gentlemen's Agreement	144
E	HAFTUNG GEGENUEBER DRITTEN	146

§ 11 Konsortialvertrag	147
A TATBESTAND	
I. Geschäftsbeziehung	
II. Gesellschaftszweck	
1. Selbständige Hauptleistungspflichten	
2. Kreditbeziehungen	
a) Rechtlich getrennte, unabhängige Kreditbeziehungen	
b) Rechtlich abhängige Kreditbeziehungen, Konsortialkredit	148
B RECHTSNATUR	149
I. Gesellschaftsvertrag	
1. Gesellschaftszweck	
a) Bestimmung	
b) Inhalt	150
2. Interessen	
3. Leistungen	151
II. Ergänzende Schuldverträge	152
1. Zweck	
2. Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag	
III. Gesellschaftsform	153
1. Einfache Gesellschaft	
2. Verein	154
a) Konsortium in Vereinsform	
aa) Entstehung und Zweck	
bb) Anpassung des Vereinsrechts	155
b) Zulässigkeit der Vereinsform	156
aa) Im allgemeinen	
bb) Kaufmännisches Gewerbe	157
cc) Abgrenzung zu den Kartellen	
dd) Risiko der Unzulässigkeit der Vereinsform	159
3. Aktiengesellschaft	
C ENTSTEHUNG UND MITGLIEDSCHAFT	160
I. Vertragsverhandlungen	
II. Vorbehalt der Schriftlichkeit	
III. Mitgliedschaft	162
1. Mitglieder	
a) Banken und andere Gläubiger	
b) Kreditnehmer als Gegenpartei	
2. Änderungen des Mitgliederbestandes	163
D INNENGESELLSCHAFT AUF INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN	165
I. Allgemeiner Zweck	
II. Abreden über den Austausch von Informationen	
1. Gesellschaftszweck	

2.	Verhältnis zu den anderen Abreden und zum Gentlemen's Agreement	166
3.	Informationen als Voraussetzung der Beitragsfestsetzung	
III.	Abreden über Kreditverhalten	167
1.	Zweck	
2.	Beitragspflichten	
a)	Allgemein	
b)	Wahrnehmung bestehender Rechtspositionen	168
c)	Hinwirken auf zukünftige Rechtspositionen	169
IV.	Abreden über Verlustausgleich	
1.	Zweck	
a)	Allgemein	
b)	Unterschiedliche Inanspruchnahme aus Kredit	170
c)	Unteilbare Sicherheiten	
2.	Beitragspflichten	171
a)	Bestimmung der Ausgleichspflicht	
b)	Entstehung und Rechtsnatur der Ausgleichsforderung	
c)	Problematik	172
V.	Treuepflicht	173
1.	Allgemein	
2.	Gesellschaftsvertrag	
3.	Konkretisierung	174
a)	Informationspflichten	
b)	Änderungen des Gesellschaftsvertrages	175
c)	Beendigung	
VI.	Schadenersatz	177
1.	Schadenersatzpflicht	
2.	Konventionalstrafe	178
VII.	Organisation	
1.	Geschäftsführung	
2.	Beschlussfassung	179
VIII.	Beendigung	180
1.	Zweckerreichung	
a)	Erreichbarkeit des Zweckes	
b)	Unerreichbarkeit des Zweckes	
2.	Kündigung	181
a)	Ordentliche Kündigung	
b)	Ausserordentliche Kündigung	182
3.	Andere Gründe	183
4.	Auflösung und Fortsetzung	184
a)	Grundsatz	
b)	Ausgleichspflichten	
IX.	Stellung von Dritten	185
1.	Kreditnehmer	
a)	Problemstellung	
b)	Auslegung der Mitwirkung	186
2.	Drittgläubiger	187

E	GESELLSCHAFT MIT ERGAENZENDEN SCHULDVERTRAEEN (KONSORTIALKREDIT)	188
I.	Allgemein	
1.	Zweck	
2.	Verhältnis zur Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen	
II.	Konsortialkredit	189
1.	Allgemein	
a)	Zweck	
b)	Berechtigung und Verpflichtung der Banken am Konsortialkredit	190
aa)	Abgrenzung zum Gesellschaftsvermögen	
bb)	Alleinberechtigung jeder Bank	191
c)	Allgemeine Ausgestaltung direkt wirkender Konsortialvereinbarungen	192
2.	Kredite mit Darlehenscharakter	
a)	Darlehen	
aa)	Erfüllung der Schuld der Banken	
bb)	Erfüllung der Zins- und Rückzahlungsschuld	193
aaa)	Allgemein	
bbb)	Zahlungsauftrag des Kreditnehmers	194
ccc)	Zahlung an die geschäftsführende Bank als Stellvertreterin	
ddd)	Stellung der geschäftsführenden Bank	195
b)	Akzeptkredit	196
aa)	Allgemein	
bb)	Begebung zum Akzept	197
cc)	Stellung der geschäftsführenden Bank	
3.	Kredite mit Kaufcharakter (Diskontkredit)	198
a)	Allgemein, Kaufpreis	
b)	Kaufgegenstand	
4.	Kredite mit Auftragscharakter (Kautionskredit)	199
a)	Allgemein, Garantie und Bürgschaft	
b)	Stellung der geschäftsführenden Bank	200
aa)	Uebergabe der Urkunde	
bb)	Zahlungen	
c)	Wechselbürgschaft	
5.	Kreditlimiten	201
a)	Allgemein	
b)	Ausübung der Gestaltungsrechte	
aa)	Bestimmbarkeit der Kreditleistungen	
bb)	Unbestimmbarkeit der Kreditleistungen	202
aaa)	Unbestimmbarkeit	
bbb)	Konkretisierung durch den Kreditnehmer	
ccc)	Konkretisierung durch die geschäftsfüh- rende Bank	203
III.	Sicherheiten	204
1.	Allgemein	
a)	Zweck	

Inhaltsverzeichnis

b)	Unterscheidung der Sicherheiten	
aa)	Akzessorietät	
bb)	Teilbarkeit	205
2.	Zession	
a)	Globalzession an eine Bank	
b)	Zessionen an die Banken	206
aa)	Verpflichtungsgeschäft	
bb)	Verfügungsgeschäft	207
cc)	Gestaltungserklärung der geschäftsführenden Bank	208
dd)	Mitwirkung der geschäftsführenden Bank als Doppelvertreterin	209
3.	Akzessorische Pfandrechte	211
a)	Verpfändung an eine Bank	
b)	Getrennte Pfandrechte der Banken	
aa)	Zentrale Verwaltung	
bb)	Pfandvertrag	212
aaa)	Objektive Bestimmung der Pfandgegenstände	
bbb)	Subjektive Bestimmung der Pfandgegenstände	
cc)	Besitzesübertragung	213
aaa)	Subjektive Bestimmung und Besitzesübertragung	
bbb)	Bestimmungsrecht der geschäftsführenden Bank	
c)	Sicherheitshinterlegung	214
4.	Sicherungsübereignung	
5.	Grundpfand	215
6.	Personalsicherheiten	
IV.	Beendigung	216
1.	Zweckerreichung	
2.	Konsortialvertrag und Kreditverträge	217
3.	Ausserordentliche Kündigung	218
V.	Parteistellung	219
1.	Geschäftsführende Bank	
a)	Aufträge der Banken	
b)	Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung	220
2.	Kreditnehmer	221
a)	Getrennte Kredite	
b)	Recht auf Zentralisation	222
VI.	Organisation	
F	AUSSENGESELLSCHAFT	224
I.	Allgemein	
1.	Zweck, Verhältnis zu den anderen Konsortialvertragstypen	
2.	Sicherungsgeschäfte	
II.	Sicherungen	225
1.	Garantievertrag	

2.	Fiduziarische Sicherungsgeschäfte	226
3.	Akzessorische Zusatzsicherung	
4.	Fiduziarische Verwaltung getrennter Sicherheiten	227
III.	Beendigung des Konsortiums	
1.	Beendigung der Kreditbeziehungen	
2.	Weiterführung der Kreditbeziehungen	228
IV.	Organisation	
G	SCHLUSSBETRACHTUNG	230
I.	Konsortialvertrag und Kreditverträge	
II.	Typologie des Konsortiums.	

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Bank	Die Bank, Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis (Köln)
BankA	Bank - Archiv, Zeitschrift für das Bank- + Börsenwesen (Berlin bis 1943)
BankB	Bank - Betrieb, Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis (Köln bis 1976, heute: Bank)
BankG	BG über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934
BB	Der Betriebs - Berater, Zehntagedienst für Wirtschaftss- Steuer und Sozialrecht (Heidelberg)
BG	Bundesgesetz
Bg	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18.8.1896
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
ERGDA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive; Internationale Handelskammer (Paris 1983); in: Akkreditive, Dokumentarinkassi, Bankgarantien (Schweizerische Kreditanstalt 3.A. 1984)
FN.	Fussnote
FS	Festschrift
h.L.	herrschende Lehre
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937
i.c.	in concreto
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jena)
JuS	Juristische Schulung (München/Berlin/Frankfurt a.M.)
Kap.	Kapitel

Abkürzungsverzeichnis

MaSchr.	Maschinenschrift
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.	Note, Randnummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
Nr.	Band, Nummer
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländischen und internationales Privatrecht (Berlin/Leipzig 1927-42; Berlin/Tübingen)
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
Sem	La Semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht; herausgegeben von C.v.Greyerz, M.Gutzwiller, H.Hinderling, A.Meier-Hayoz, H.Merz, P.Piotet, R.Sécrétan, W.v.Steiger, F.Vischer (Basel/Stuttgart/Frankfurt a.M.)
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZgKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Frankfurt a.M.)
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Tübingen)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (bis 1960: "Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht") (Heidelberg),
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung(Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

LITERATURVERZEICHNIS

- Ackermann Josef** Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden (Diss. Zürich 1931)
- Aeschlimann Otto** Der Krediteröffnungsvertrag (Diss. Bern 1925)
- Albisetti E., Bodmer D., Boemle M., Gsell M., Rutschi E.** Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz (3.A. Thun 1977)
- Albisetti E., Gsell M.** Bankgeschäfte (3.A. Zürich 1983)
- Altenburger Peter R.** Die Patronatserklärungen als "unechte" Personalsicherheiten; Basler Diss., Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Nr. 40 (Zürich 1979)
- Ammon Kurt** Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (3.A. Bern 1983)
- Aubert M., Kernen J.-P., Schönle H.** Le secret bancaire suisse (2.A. Bern 1982)
- Bär Thomas** Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft (Diss. Zürich 1963)
- Baerlocher René Jacques** Der Hinterlegungsvertrag (SPR VII/1 1977) 647 ff.
- Bahntje Udo** Gentlemen's Agreement und abgestimmtes Verhalten; Berliner Diss., Schriften zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht Nr. 24 (Königstein/Ts. 1982)
- Ballerstedt Kurt** Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften (JuS 3/1963) 253 ff.
- Beck Emil** Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar (Zürich 1942)
- Becker Hans** Berner Kommentar zu Art. 184 - 551 OR, Die einzelnen Vertragsverhältnisse VI/II (Bern 1934)
- ders.** Berner Kommentar zu Art. 1 - 183 OR, Allgemeine Bestimmungen VI/I (2.A. Bern 1941)
- Benz Walther** Die Treupflicht des Gesellschafters (Diss. Zürich 1947)
- Bergmaier Hans** Die Sicherungszession (Diss. Zürich 1945)

Literaturverzeichnis

- Berz Hans Peter** Der paulianische Rückerstattungsanspruch (Diss. Zürich 1960)
- Blaise J.-B., Fouchard P.** La valeur juridique de la syndication; in: Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international herausgegeben von J.-B. Blaise, P. Fouchard, P. Kahn, Travaux du centre de recherche sur le droits des marchés et des investissements internationaux Nr. 8 (Paris 1981) 155 ff.
- Blumenstein Ernst** Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts (Bern 1911)
- Bötticher Eduard** Gestaltungsrechte und Unterwerfung im Privatrecht; Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin Nr. 17 (Berlin 1964)
- Bollmann Hans** Das Ausscheiden aus Personengesellschaften (Diss. Zürich 1971)
- Brehm Roland** Berner Kommentar zu Art. 41 - 44 OR VI/1/3/1 (Bern 1986)
- Brink U., Ochmann R.** Kreditgeschäfte; bei Johannes Bärman, Europäisches Geld-, Bank- und Börsenrecht I: BRD, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen B Nr. 1 (Berlin 1974) §§ 16 f.
- Brown J. Trevor** Les groupements interbancaires; in: Les euro-crédits: expériences continentales (Paris 1982) 167 ff.
- Bucher Eugen** Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (Tübingen 1965)
- ders.** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (Zürich 1979)
- ders.** Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages; in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (Bern/Stuttgart 1979) 169 ff.
- ders.** Kreditsicherung durch Zession; in: Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, herausgegeben von der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Bern 1982) 9 ff.
- Bühler Wilhelm** bei E. Grochla, W. Wittmann, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft (4.A. Stuttgart 1984)

- v. Büren Bruno** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964)
- ders.** Die Beschränkung der Einreden des Wechselschuldners (Zürich 1965)
- ders.** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184 - 551) (Zürich 1972)
- Butscher Ludwig** Krediteröffnungsvertrag und Kontokorrent mit bes. Berücksichtigung der Kontokorrent-Kreditbürgschaft (MaSchr. Diss. Basel 1938)
- Bydlinski Franz** Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (Wien/New York 1967)
- v. Caemmerer Ernst** Fragen des Akzeptkredites (NJW 1955 I) 41 ff.
- Canaris Claus-Wilhelm** Die Vertrauenshaftung im deutschen Vertragsrecht; Münchener Universitätschriften Nr. 16 (München 1971)
- ders.** Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden (ZHR 143/1979) 113 ff.
- ders.** Bankvertragsrecht; in: Handelsgesetzbuch, Grosskommentar Staub III/3 (2.A. Berlin/New York 1981)
- Capitaine Georges** La question du secret des banques en droit suisse (Diss. Bern 1933)
- Comes Heinrich** Der rechtsfreie Raum; Schriften zur Rechtstheorie Nr. 54 (Berlin 1976)
- Christ Bernhard** Das Darlehen (SPR VII/2 1979) 219 ff.
- Delorme H., Hoessrich H.-J.** Konsortial- und Emissionsgeschäft (2.A. Frankfurt a.M. 1971)
- Desax Marcus** Haftung für erlaubte Eingriffe; Freiburger Diss., Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 46 (Freiburg 1977)
- Deschenaux Henri** Der Einleitungstitel (SPR II 1967) 1 ff.
- Dölle Hans** Aussergesetzliche Schutzpflichten (ZgS 103/1943) 67 ff.
- Dohm Jürgen** La nature juridique de la syndication des prêts (SAG 1984) 9 ff.

Literaturverzeichnis

- Ebenroth Th.** Zum "Durchgriff" im Gesellschaftsrecht (SAG 1985) 124 ff.
- Ehlers Harald** Der Poolvertrag zur Absicherung des Kreditrisikos (ZgKW 1977) 914 ff.
- Eicheler Hermann** Die Rechtslehre vom Vertrauen (Tübingen 1950)
- Elland-Goldsmith Michael** Le fonctionnement du syndicat; in: BLAISE/-FOUCHARD 115 ff.
- Emch U., Renz U.** Das Schweizerische Bankgeschäft (3.A. Thun 1984)
- Enneccerus L., Lehmann H.** Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II (15. A. Tübingen 1958)
- Enneccerus L., Nipperdey H.C.** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I (15.A. Tübingen 1960)
- Escher Hans** Das kommerzielle Kreditgeschäft der Banken; in: Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, herausgegeben von E.Gsell, Bankwirtschaftliche Forschungen Nr. 1 (Bern/Stuttgart 1969)
- Esser Josef** Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse" (AcP 157/1958/59) 87 ff.
- Esser J., Schmidt E.** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (6.A. Heidelberg 1984)
- Fehlmann Heinz** Der Versicherungspool (Diss. Zürich 1948)
- Fikentscher Wolfgang** Schuldrecht (7.A. Berlin/New York 1985)
- Flume Werner** Die Personengesellschaft, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1 (Berlin/Heidelberg/New York 1977)
- ders.** Das Rechtsgeschäft, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II (3.A. Berlin/Heidelberg/New York 1983)
- Forstmoser Peter** Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr; in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, herausgegeben von P.Forstmoser, Bankwirtschaftliche Forschungen Nr. 36 (Bern/Stuttgart 1976) 11 ff. (zit. Bankverkehr)
- ders.** Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Nr. 30 (Zürich 1978)
- ders.** Schweizerisches Aktienrecht I/1, Grundlagen, Gründung und Aenderungen des Grundkapitals (Zürich 1981)

- ders.** Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz; in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Nr. 5, herausgegeben von H.Giger, W.R.Schluep (Zürich 1982) 23 ff. (zit. AGB)
- ders.** Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht; in: Freiheit und Verantwortung im Recht, FS A. Meier-Hayoz (Bern 1982) 125 ff.
- Fraefel Joseph** Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde (Diss. Zürich 1930)
- Francioni Reto** Konsortialverträge bei Konsortialdarlehen im schweizerischen Recht (erscheint als Zürcher Diss. voraussichtlich 1987)
- Fritzsche Hans** Schuldbetreibung und Konkurs II (2.A. Zürich 1968)
- Fritzsche H., Walder U.** Schuldbetreibung und Konkurs I (3.A. Zürich 1984)
- Fuchs-Wissemann Georg** Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag (Diss. Marburg 1980)
- Gauch Peter** System der Beendigung von Dauerverträgen; Freiburger Diss., Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 34 (Freiburg 1968)
- ders.** Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht (Zürich 1974)
- Gauch P., Schluep W.R.** Zum "Reinen Auslegungsstreit" - Eine Klarstellung (SJZ 78/1982) 230 ff.
- Gauch P., Schluep W.R., Jäggi P.** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I und II (3.A. Zürich 1983)
- Gauchat Marcel** Rechtliche Fragen zum Diskontgeschäft (Diss. Zürich 1936)
- Gaugler H.V.** Die paulianische Anfechtung; Beihefte zum Assekuranz-Jahrbuch 5/I (Basel 1944)
- Gautschi Georg** Berner Kommentar zu Art. 425 - 491 OR, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung VI/2/6 (Bern 1962)
- ders.** Berner Kommentar zu Art. 407 - 424 OR, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag VI/2/5 (Bern 1964)

Literaturverzeichnis

- ders.** Berner Kommentar zu Art. 394 - 406 OR, Der einfache Auftrag VI/2/4 (3.A. Bern 1971)
- Giger Hans** Berner Kommentar zu Art. 184 - 215 OR, Allgemeine Bestimmungen, Der Fahrniskauf VI/2/1/1 (2.A. Bern 1980)
- Giovanoli Silvio** Berner Kommentar zu Art. 492 - 515 OR, Die Bürgschaft, Spiel und Wette VI/2/7 (2.A. Bern 1978)
- Gloor Max O.** Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften (Diss. Zürich 1942)
- Gorgé Rémy** Die absichtliche Schädigung unter Verstoss gegen die guten Sitten gemäss OR Art. 41 Abs. 2; Berner Diss., ASR Nr. 247 (Bern 1948)
- v. Graffenried René** Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht; Berner Diss., ASR Nr. 260 (Bern 1948)
- v. Greyerz Christoph** Die Aktiengesellschaft (SPR VIII/2 1982) 1 ff.
- Grunsky Wolfgang** Grundlagen des Verfahrensrechts (2.A. Bielefeld 1974)
- Guggenheim Daniel** Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis (3.A. 1986)
- Guhl T., Merz H., Kummer M.** Das Schweizerische Obligationenrecht (7.A. Zürich 1980)
- Guldener Max** Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht (ZSR 65/1946) 185 ff.
- Gutzwiller Max** Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson (ZSR I 84/1965) 223 ff.
- ders.** Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie (ZSR I 103/1984) 121 ff.
- Haab R., Simonius A., Scherrer W., Zobl D.** Zürcher Kommentar zu Art. 641 - 729 ZGB, Das Eigentum IV/1 (Zürich 1977)
- Hagenmüller K., Diepen G.** Der Bankbetrieb (10.A. Wiesbaden 1984)
- Hangartner Walter** Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1929)
- Hartmann Jürg** Der Akkreditiv-Eröffnungsvertrag (Diss. Zürich 1974)

- Hartmann Wilhelm** Berner Kommentar zu Art. 552 - 619 OR, Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft VII/1 (Bern 1943)
- Hasler Adolf** Der Krediteröffnungsvertrag (MaSchr.Diss. Basel 1927)
- Haupt Günter** Ueber faktische Vertragsverhältnisse; in: FS H. Siber II (Leipzig 1943) 5 ff.
- Heigl Heinz R.** Das "gentlemen's agreement" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Diss. Köln 1961)
- Heilmann Hans** Der Vertrag zugunsten Dritter als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft (SJZ 67/1971) 169 ff.
- Heini Anton** Die Vereine (SPR II 1967) 515 ff.
- Heitz Karl** Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht; Berner Diss., ASR Nr. 172 (Bern 1940)
- Hemmeler Andreas** Die faktische Gesellschaft im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1962)
- Henrich Dieter** Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag; Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Nr. 32 (Berlin/Tübingen 1965)
- Herrhausen Alfred** Die Rolle der Banken bei der Unternehmenssanierung (Bank 1979) 358 ff.
- Hinsch L.C., Horn N.** Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen; Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs Nr. 2, herausgegeben von N. Horn (Berlin/New York 1985)
- His Eduard** Berner Kommentar zu Art. 927 - 964 OR, Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung VII/4 (Bern 1940)
- Hofstetter Josef** Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag (SPR VII/2 1979) 1 ff.
- Homberger A.** Zürcher Kommentar zu Art. 919 - 977 ZGB, Besitz und Grundbuch IV/3 (2.A. Zürich 1938)
- Homberger Hans** Der Kontokorrent im Bankgeschäft (Diss. Zürich 1944)
- Hopt Klaus J.** Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen (ZHR 143/1979) 139 ff.

Literaturverzeichnis

- Huber G. Harald** Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der Patronatserklärungen; in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, herausgegeben von P. Forstmoser, Bankwirtschaftliche Forschungen Nr. 36 (Bern/Stuttgart 1976) 47 ff.
- Huber Otto** Die Geheimhaltungspflicht des Beauftragten unter spezieller Berücksichtigung des Bankgeheimnisses (Diss. Bern 1936)
- Hubmann Heinrich** Grundsätze der Interessenabwägung (AcP 155/1956) 85 ff.
- Hueck Alfred** Der Treuegedanke im modernen Privatrecht; Sitzungsberichte der Bayrischen Akademie der Wissenschaften 1944/46 Nr. 7 (München 1947)
- Jäggi P., Gauch P.** Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR V/1b (Zürich 1980)
- Jann Adolf** Der Umfang und die Grenzen des Bankgeheimnisses nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1938)
- Kaderli Rudolph J.** Das Schweizerische Bankgeschäft (2.A. Thun 1955)
- ders.** Die Sicherung des Bankkredites; Berner Diss., ASR Nr. 137 (Bern 1938)
- Keller Alfred** Haftpflicht im Privatrecht (3.A. Bern 1978)
- Keller M., Gabi S.** Haftpflichtrecht, Das Schweizerische Schuldrecht II (Basel/Frankfurt a.M. 1985)
- Klausning Friedrich** Der Krediteröffnungsvertrag; Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 1932 (Sonderheft RabelsZ 6/1932) 77 ff.
- Kleiner Beat** Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag (2.A. Zürich 1964)
- ders.** Das Bankgeheimnis in der Schusslinie; in: Das Schweizerische Bankgeheimnis, Bankwirtschaftliche Forschungen Nr. 10 (Bern/Stuttgart 1972) 11 ff.
- ders.** Bankgarantie (3.A. Zürich 1979)
- Kleyling Thomas F.** Zession - unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession - und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten; Basler Diss., Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Nr. 48 (Zürich 1980)

- Koch Arwed** Der Krediteröffnungsvertrag (BankA 32) 224 ff.
- Kramer Ernst A.** Berner Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht VI/1/1/1 (Bern 1980)
- Kruppa Thomas** Die Bankenhaftung bei der Sanierung einer Kapitalgesellschaft im Insolvenzfall; Europäische Hochschulschriften II Nr. 293 (Frankfurt a.M./Bern 1982)
- Kuhn Moritz** Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung (SJZ 82/1986) 345 ff.
- Kummer Max** Kommentar zu Art. 8 ZGB; in: Berner Kommentar zu Art. 1 - 10 ZGB, Einleitung I, Liver u.a. (Bern 1962)
- ders.** Der Begriff des Kartells; ASR Nr. 372 (Bern 1966)
- Lampert U., Widmer J.** Wie gründe und leite ich einen Verein? (5.A. Zürich 1976)
- Larenz Karl** Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil (12.A. München 1981)
- ders.** Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil (13.A. München 1982)
- Leemann Hans** Berner Kommentar zu Art. 641 - 729 OR, Sachenrecht I (2.A. Bern 1920)
- ders.** Berner Kommentar zu Art. 730 - 918 OR, Sachenrecht II (Bern 1925)
- Lüscher Martin** Das schweizerische Bankgeheimnis in strafrechtlicher Hinsicht (Diss. Zürich 1972)
- Lukes Rudolf** Der Kartellvertrag; Schriften des Institutes für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln Nr. 9 (München/Berlin 1959)
- Lutter Marcus** Der Letter of Intent (2.A. Köln/Berlin/Bonn/München 1983)
- Mayer-Maly Theo** Vertrag und Einigung; in: FS H.C. Nipperdey I (München/Berlin 1965) 509 ff.
- ders.** "Von solchen Handlungen, die den Kontrakten in ihrer Wirkung gleichkommen"; in: FS W. Wilburg, Grazer Rechts- und staatswissenschaftliche Studien Nr. 15 (Graz 1965) 129 ff.

Literaturverzeichnis

- Meier-Hayoz Arthur** Berner Kommentar zu Art. 641 - 654 OR, Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen IV/1/1 (5.A. Bern 1981)
- Meier-Hayoz A., von der Crone H.C.** Wertpapierrecht (Bern 1985)
- Meier-Hayoz A., Forstmoser P.** Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts (4.A. Bern 1981)
- Meier-Hayoz A., Zweifel M.** Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht; in: FS H. Westermann (Karlsruhe 1974) 383 ff.
- Mertens Hans-Joachim** Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung (ZHR 143/1979) 174 ff.
- Merz Hans** Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem; in: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Festgabe der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerische Juristenverein - Jahresversammlung 1955 (ZBJV 91bis/1955) 301 ff.
- ders.** Kommentar zu Art. 2 ZGB; in: Berner Kommentar zu Art 1 - 10 ZGB, Einleitung I, Liver u.a. (Bern 1962)
- Mühl D., Petereit W.** Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil V: Schweiz; bei W.Hadding, U.Schneider, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen B Nr. 38 (Berlin 1983)
- Müller Albert** Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2 (Diss. Zürich 1975)
- Müller Robert** Gesellschaftsvertrag und Synallagma (Diss. Zürich 1971)
- Naegeli Eduard** Die Doppelgesellschaft II (Zürich 1941)
- Neumann Hans-Adolf** Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und im deutschen internationalen Recht (Diss. München 1967)
- Nobel Peter** Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz (Bern 1979)
- Obermüller Manfred** Behandlung der Kredite bei drohender Insolvenz (Bank 1978) 86 ff.
- Obermüller Walter** Poolung von Kreditsicherheiten (BankB 1970) 456 ff.

- Oftinger Karl** Die Vertragsfreiheit; in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, herausgegeben von den Juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Zürich 1948) 315 ff.
- ders.** Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Allgemeiner Teil (4.A. Zürich 1975)
- Oftinger K., Bär R.** Zürcher Kommentar zu Art. 884 - 918 ZGB, Das Fahrnispfand IV/2c (Zürich 1981)
- Oppikofer Werner** Le crédit d'acceptation (Genf 1931)
- Oser H., Schönenberger W.** Zürcher Kommentar zu Art. 1 - 183 OR V/1 (2.A. Zürich 1929)
- dies.** Zürcher Kommentar zu Art. 184 - 418 OR V/2 (2.A. Zürich 1936)
- Ott Walter** Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht; Zürcher Diss., ASR Nr. 412 (Bern 1972)
- Pellet Marc-André** Le but non économique de l'association (Diss. Lausanne 1964)
- Pfluger Herbert** Die Haftung der Banken bei Raterteilung (Diss. Bern 1935)
- Piotet Paul** La culpa in contrahendo aujourd'hui (SJZ 77/1981) 225 ff.
- Plander Harro** Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille (AcP 176/1976) 425 ff.
- Preisig A.** Die Rechtsnatur des Waren- oder Dokumenten-Akkreditivs (SJZ 22/1925/26) 353 ff.
- Puhr Christian** La constitution du syndicat; in: BLAISE/FOUCHARD 107 ff.
- Räss E. Hugo** Die Restrukturierung von Unternehmen aus der Sicht der kreditgebenden Bank; Berner Diss., Bankwirtschaftliche Forschungen Nr. 83 (Bern/Stuttgart 1983)
- Raiser Ludwig** Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit; in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960 Nr. 1 (Karlsruhe 1960) 101 ff.
- Reichel Hans** Unklagbare Ansprüche (JherJb. 59/1911) 409 ff. und (JherJb. 60/1912) 38 ff.

Literaturverzeichnis

- Reuss Karl F.** Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen - Agreements (AcP 154/1955) 485 ff.
- Roesle Eugen Alex** Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien; Zürcher Diss., Schriften zum Bankwesen Nr. 26 (Zürich 1983)
- Rossi Tuto** Garantie ou Cautionnement (Sem 1986) 405 ff.
- Sauter Daniel** Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages; Zürcher Diss., Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Nr. 8 (Zürich 1982)
- Saxer Andreas** Die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund (Diss. Bern 1961)
- Schaedler Mario** Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters (Diss. Bern 1962)
- Schaer Willy** La pratique du crédit bancaire en Suisse (3.A. Muri bei Bern 1983)
- Schaffner Jakob** Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung (Diss. Bern 1940)
- Schinnerer E., Avancini P.** Bankverträge II, Kreditvertrag, Kreditsicherung, Bankgarantie (3.A. Wien 1978)
- dies.** Bankverträge III, Dokumenten-Akkreditiv und Dokumenten-Inkasso, Safe und Tag- und Nachttresor, Verwahrungsgeschäft, Kauf und Verkauf von Wertpapieren (3.A. Wien 1976)
- Schläpfer Otto** Der Kontokorrentvertrag (Diss. Zürich 1943)
- Schluep Walter R.** Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation (ZSR II 92/1973) 155 ff. (zit. Unternehmen)
- ders.** Innominatverträge (SPR VII/2 1979) 763 ff.
- Schmidlin Theodor** Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft (Diss. Bern 1943)
- Schnyder Bernhard** Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff (Diss. Freiburg 1960)
- Schoen Gerd-Dieter** Der Krediteröffnungsvertrag als schuldrechtliche Rahmenverpflichtung (Diss. Erlangen-Nürnberg 1965)

- Schönenberger Wilhelm** Zürcher Kommentar zu Art. 419 - 529 OR V/3 (2.A. Zürich 1945)
- Schönenberger W., Jäggi P.** Zürcher Kommentar zu Art. 1 - 17 OR, Einleitung, IPR V/1a (3.A. Zürich 1973)
- Schönle Herbert** Le secret bancaire en Suisse; in: Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse, publications de l'université de Paris I _ /Panthéon-Sorbonne, série droit privé 1 (Paris 1974)
- ders.** Bank- und Börsenrecht (2.A. München 1976) (zit. Bankrecht)
- ders.** La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit envers les tiers en droit suisse (SAG 49/1977) 149 ff. (zit. responsabilité)
- ders.** La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexactes; in: Mélanges H. Deschenaux (Freiburg 1977) 387 ff. (zit. renseignements)
- ders.** Rechtsvergleichende Aspekte (Frankreich, Belgien, Schweiz) der Bankenhaftung aus Sanierungsaktionen (ZHR 143/1979) 208 ff.
- ders.** Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien (SJZ 79/1983) 53 ff. und 73 ff.
- Scholz Hellmut** Rechtsprobleme bei der Auseinandersetzung zwischen den Gläubigern und der Bank eines insolventen Schuldners (BankB 1967) 83 ff. und 115 ff.
- Scholz H., Lwowski H.-J.** Das Recht der Kreditsicherung (5.A. Berlin 1980)
- Scholze Herbert** Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken I (Berlin 1973)
- Schultz Hans** Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts I (4.A. Bern 1982)
- Schwager Pius** Das schweizerische Bankgeheimnis, Freiburger Diss. (Zürich 1973)
- Schweizerische Bankiervereinigung** Rundschreiben Nr. 628 D vom 28.6.1983 an die Direktionen der Mitgliedbanken (Basel)
- Schwerdtner Peter** Der Ersatz des Verlustes des Schadenfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung, zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitshandlungen und Rechtsgeschäften (NJW 24/1971) 1673 ff.

Literaturverzeichnis

- Schwyn Theodor** Die rechtliche Struktur der kartellistischen Verpflichtung (Diss. Zürich 1966)
- Scyboz Georges** Garantievertrag und Bürgschaft (SPR VII/2 1979) 315 ff.
- Sichtermann S., Feuerborn S., Kirchherr R.** Bankgeheimnis und Bankauskunft (3.A. Frankfurt a.M. 1984)
- Siegwart Alfred** Zürcher Kommentar zu Art. 530 - 619 OR, Die Personengesellschaften V/4 (Zürich 1938)
- Sigg Daniel** Kartellrechtliche Probleme der Beteiligung von Banken im Nichtbankenbereich; Zürcher Diss., Bankwirtschaftliche Forschungen Nr. 90 (Bern/Stuttgart 1984)
- Simitis Spiros** Die faktischen Vertragsverhältnisse (Frankfurt a.M. 1957)
- Spahn Carl A.** Der Poolvertrag (SAG 1949) 1 ff. und 48 ff.
- Spiro Karl** Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (Bern 1984) (zit. Erfüllungsgehilfen)
- ders.** Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen (ZSR I 105/1986) 619 ff. (zit. Abschlussgehilfen)
- Stauder Bernd** Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag; Genfer Diss. Nr. 578, Schriftenreihe zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Nr. 52 (Bethel bei Bielfeld 1968) (zit. Kredit)
- ders.** Das Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung; in: Mémoires A.F. Schnitzer (Genf 1979) 433 ff.
- v. Staudinger J.** Kommentar zu § 255 - 327 BGB, Recht der Schuldverhältnisse II (12.A. Berlin 1979)
- ders.** Kommentar zu § 657 - 740 BGB, Recht der Schuldverhältnisse II (12.A. Berlin 1980)
- Stauffer P., Emch U.** Das Schweizerische Bankgeschäft (2.A. Thun 1972)
- Stecher Reiner** "Harte" Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme; Bankenrechtliche Sonderveröffentlichungen des Institutes für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität Köln Nr. 23 (Köln 1978)

- v. Steiger Werner** Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Die Personengesellschaften (SPR VIII/1 1976) 211 ff.
- Storck Ekkehard** Das Konsortialgeschäft der Eurobanken (Bank 1979) 529 ff.
- Thalmann Christian** Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr; in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumenschutzrecht Nr. 5, herausgegeben von H.Giger, W.R.Schluep (Zürich 1982) 125 ff.
- Thommen Werner** Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht (Diss. Zürich 1954)
- v. Tuhr E., Escher A.** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II (3.A. Zürich 1974)
- v. Tuhr A., Peter H.** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (1. Lieferung 3.A. Zürich 1974)
- dies.** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (2. Lieferung 3.A. Zürich 1979)
- Tschudi Felix** Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechts (Diss. Bern 1956)
- Tuor P., Schnyder B.** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (9.A. Zürich 1979)
- Ulmer Peter** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III/2, § 705 - 740; herausgegeben von K.Rebman, F.-J.Säcker (München 1980)
- Vogelsang Alfred** Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse (Diss. Lausanne 1931)
- Weiss Hans** Die rechtliche Bedeutung des Wechseldiskontsgeschäfts (Diss. Zürich 1923)
- Wessner Pierre-A.** Les contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible? (ZSR I 105/1986) 161 ff.
- Wiegand Wolfgang** Kreditsicherung und Rechtsdogmatik; in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (Bern/Stuttgart 1979) 283 ff.
- ders.** Fiduziarische Sicherungsgeschäfte (ZBJV 116/1980) 537 ff.

Literaturverzeichnis

- ders.** Akzessorietät und Spezialität: Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand; in: Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, herausgegeben von der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Bern 1982) 35 ff.
- Wieland Karl** Handelsrecht I; Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft III/1/1 (München/Leipzig 1921)
- Willoweit Dietmar** Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen; Schriften zur Rechtstheorie Nr. 19 (Berlin 1969)
- Wohlmann Herbert** Die Treuepflicht des Aktionärs (Diss. Zürich 1968)
- Würdinger H.** Akzeptkredit und Gefälligkeitsakzept (BB 9/1954) 325 f.
- ders.** Zum Akzeptkredit der Banken (BB 9/1954) 1089 ff.
- Zeller Ernst** Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot (Diss. Zürich 1981)
- Zobl Dieter** Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften (Diss. Zürich 1973)
- ders.** Berner Kommentar zu Art. 884 - 887 ZGB, Das Fahrnispfand IV/2/5/1 (Bern 1982)

EINLEITUNG

Konsortialvereinbarungen unter Banken in bezug auf einen gemeinsamen Kreditnehmer kommen im nationalen und internationalen Bankgeschäft vor. Dort handelt es sich namentlich um die Eurokredite von internationalen Bankenkonsortien an multinationale Unternehmen. Die Eurokredite werden - nach angelsächsischem Gebrauch - in umfangreichen, mit allen erdenklichen Klauseln versehenen Vertragswerken geregelt und unterstehen meines Wissens nie schweizerischem Recht. Der Eurokredit ist deshalb nicht besonders Gegenstand dieser Arbeit, die sich ausschliesslich am schweizerischen Recht orientiert. Trotzdem können die hier vorgetragenen Anschauungen über das Konsortium auch für den Eurokredit herangezogen werden.¹

Objekte der Konsortialvereinbarungen sind der Kredit und seine Sicherstellung. Im ersten Teil der Arbeit werden die verschiedenen Kredite und Sicherstellungen kurz dargestellt, um nachher darauf Rückgriff nehmen zu können. Dabei wird die Haftung der Bank aus Kreditverhalten besonders erörtert, weil sie vor allem beim Stillhalte- und Sanierungskonsortium von erhöhter Bedeutung ist. Im zweiten Teil werden die verschiedenen Konsortialvereinbarungen eingehend dargelegt.² Die möglichen Rechtsbeziehungen werden unter dem Gesichtspunkt analysiert, dass eine Bank ihre rechtlich selbständige Stellung als Kreditgeberin möglichst behalten will. Die betriebswirtschaftliche Problematik ist nicht Thema dieser Arbeit und wird nicht näher behandelt.

¹ Zum Eurokredit vgl. euro-crédits, instrument (zit. bei BLAISE/FOUCHARD), euro-crédits, expériences (zit. bei BROWN) und HINSCH/HORN.

² Zum Konsortialdarlehen vgl. ausführlich FRANCIONI.

Von der rechtsausschliessenden Vereinbarung über das Gentlemen's Agreement bis zum Konsortialvertrag, innerhalb dessen von der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen über die Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen bis zur Aussengesellschaft, verdichtet sich die rechtliche Bindung unter den Banken immer mehr. Diese Einteilung ist aber nicht starr. Die verschiedenen Konsortialtypen können sich mischen.

Im schweizerischen Bankgeschäft sind Konsortialvereinbarungen relativ selten. Probleme gibt es bisweilen, wenn eine Bank ihr konsortiales Engagement nicht oder nur teilweise in die Tat umsetzen will. Unstimmigkeiten werden jedoch nicht auf prozessualem Weg, sondern gütlich gelöst. Für die Zukunft liegen die Probleme m.E. in der allgemeinen Tendenz zur Verschärfung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit. In bezug auf Konsortialvereinbarungen stellt sich die Frage nach den Vermögensverhältnissen von Konsortien, insbesondere nach dem Ausschluss der solidarischen Haftung.

1. TEIL

GRUNDLAGEN DES KREDITES

§ 1 Begriff des Kredites

A PROBLEMSTELLUNG

Das Wort Kredit steht nicht für einen gesetzlich definierten Begriff im Privatrecht. Art. 408 OR z.B. gebraucht das Wort Kredit, doch bestimmt das Gesetz nur die Folgen eines mit Kredit verbundenen Auftragsverhältnisses. Das deutsche Kreditwesengesetz vom 10.7.61 umschreibt den Begriff des Kredites in § 19 I mit der Aufzählung der verschiedenen Kreditgeschäfte. Der Kredit ist kein einheitliches Rechtsinstitut. Es gibt mehrere Arten von Kreditgeschäften, die sich nicht auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft zurückführen lassen.¹ Kredit ist ein wirtschaftlicher Tatbestand, aus dem ein nur sehr allgemeiner Rechtsbegriff gewonnen werden kann.²

B WIRTSCHAFTLICHER KREDITBEGRIFF

I. Subjektives Element

Auf der subjektiven Seite steht Kredit, vom lateinischen "credere" (=vertrauen auf, glauben) stammend, für das Vertrauen des Kreditgebers in den Willen und die Fähigkeit des Kreditnehmers, seine zeitlich hinausgeschobenen Verpflichtungen ordnungs- und terminge-

¹ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1196) 620; vgl. SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 1. d)) 170 zum Krediteröffnungsvertrag; HOMBERGER H. 84 f.

² Vgl. SCHOEN 22 ff. zur Mehrdeutigkeit des wirtschaftlichen oder rechtlichen Kreditbegriffes.

mäss zu erfüllen.³ Der Kredit, den der Kreditnehmer genießt, drückt sich in seiner Bonität aus.⁴ Diese ist nicht zwingend mit der Kreditgewährung verbunden, sondern kann eventuell durch entsprechende Sicherheiten ersetzt werden.⁵

II. Objektives Element

Die objektive Seite wird von einem Teil der Lehre definiert als die zeitweilige Ueberlassung von Kaufkraft.⁶ Diese Definition umfasst nicht die Kreditgeschäfte, welche nicht die Nachfrage-, sondern die Angebotsmacht unterstützen. Darunter fällt z.B. die Gewährung eines Kautionskredites im Exportgeschäft wie des Bid Bonds.⁷ Selbst wenn unter Kaufkraft jedes geldwerte Wirtschaftsgut verstanden wird,⁸ kann darunter begrifflich nicht ein Mittel zur Hebung der Angebotsmacht fallen.

Ein weiterer Begriff ist notwendig. Die zeitweilige Ueberlassung von Zahlungsmitteln, Sachgütern oder Dienstleistungen zu deren Nutzung durch den Schuldner oder die Uebertragung der eigenen Bonität des Kreditgebers an den Kreditnehmer sind eine umfassendere Beschreibung des Kreditbegriffes im objektiven Sinn.⁹ Die Rückzahlung

³ ESCHER H. bei Albisetti u.a. 106.

⁴ ALBISETTI u.a. 154. BUEHLER 2381 gebraucht den Begriff der Kreditwürdigkeit im Sinne des hier verwendeten Bonitätsbegriffes, der die Kreditfähigkeit (Zahlungsfähigkeit) und die Kreditwürdigkeit (Zahlungswillen, berufliche Integrität) umfasst.

⁵ KADERLI Bankgeschäft 140; a.M. SCHAER 14; relativierend EMCH/RENZ 193.

⁶ STAUDER Kredit 28 m.w.N.; GUGGENHEIM (XII 1.) 95.

⁷ Bid Bond: Bankgarantie des Offerenten zum Schutze des Offertausschreibers vor unverbindlichen und unseriösen Offerten (SCHAAD H.-P. bei Albisetti u.a. 145).

⁸ Ausdehnend CANARIS Bankvertragsrecht (N.1195) 619.

⁹ BUEHLER 2381.

als weiteres objektives Element des Kreditbegriffes beruht auf dessen subjektivem Element, dem Zahlungswillen und der Zahlungsfähigkeit.¹⁰

III. Inhalt des wirtschaftlichen Kreditbegriffes

Der wirtschaftliche Kreditbegriff umfasst die Bonität oder deren Ersetzung durch entsprechende Sicherheiten, die Ueberlassung von Zahlungsmitteln, Gütern oder Dienstleistungen zu deren Nutzung durch den Kreditnehmer oder die Uebertragung der eigenen Bonität des Kreditgebers an den Kreditnehmer, die Rückzahlungspflicht, i.d.R. die Entgeltlichkeit und das zugesicherte oder übertragene Geldkapital. Der Bankkredit umfasst alle Bankgeschäfte, die sich diesem Kreditbegriff direkt unterordnen lassen.

C RECHTLICHER KREDITBEGRIFF

I. Rechtliche Bedeutung des subjektiven Elementes des wirtschaftlichen Kreditbegriffes

Das subjektive Element des wirtschaftlichen Kreditbegriffes ist die Bonität des Kreditnehmers. Sie gründet nicht in Gefühlen, sondern in objektiven, wirtschaftlichen Tatbeständen. Tritt an die Stelle der ungenügenden Bonität eine Sicherheit, wird ebenfalls eine objektive Voraussetzung für die Kreditgewährung geschaffen. In beiden Fällen handelt es sich um Bedingungen im weiteren, uneigentlichen Sinne,¹¹ die von den Parteien zu einer subjektiv wesentlichen Voraussetzung

¹⁰ Unter Kredit wird zudem das übertragene oder zugesicherte Geldkapital selbst verstanden: ESCHER H. bei Albisetti u.a. 106 und BÜHLER 2381.

¹¹ OSER/SCHOENENBERGER N.2 und N.8 Vorbem. zu Art. 151 - 157 OR.

des Kredites gemacht werden können.¹² Sie sind keine "essentialia negotii", weil es innerhalb der Parteiautonomie liegt,¹³ Kredite ohne genügende Bonität oder Sicherheit zu gewähren.¹⁴

II. Rechtliche Bedeutung des objektiven Elementes des wirtschaftlichen Kreditbegriffes

Die Zurverfügungstellung von Zahlungsmitteln ist eine Leistung des Kreditgebers. Er wendet dem Kreditnehmer einen Wert zu.¹⁵ Die Zuwendung kann aufgrund des Parteiwillens auch zukünftig erfolgen. Mit der Uebertragung der Bonität verpflichtet sich der Kreditgeber zu einer unter einer potestativen, kasuellen oder gemischten Bedingung stehenden Leistung.¹⁶ Der Kreditgeber verspricht, unter bestimmten Bedingungen, z.B. der Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers, einen Wert einem anderen, Dritten zuzuwenden, und macht seine eigene Bonität zu einer subjektiv wesentlichen Grundlage des Kredites. Die Rückzahlung und das Entgelt sind die Leistungen des Kreditnehmers. Die Rückzahlung kann auch durch Dritte erfolgen. Das Geldkapital ist der schon zugewandte oder noch bedingt oder unbedingt zuzuwendende Wert.

¹² BECKER N.4 zu Art. 2 OR.

¹³ V.TUHR/PETER (§ 31 I) 247 f.

¹⁴ Der wirtschaftliche Kreditbegriff geht von der Verknüpfung der Bonität oder der Sicherstellung mit dem Kredit aus, was in der Praxis, insbes. beim Bankkredit, zutrifft. Siehe vorne § 1 B I (3 f.).

¹⁵ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.28 Vorbem. vor Art. 1 OR.

¹⁶ Zur Bedingung vgl. OSER/SCHOENENBERGER N.15 Vorbem. zu Art. 151 - 157 OR.

III. Inhalt des rechtlichen Kreditbegriffes

Kredit ist eine bedingte oder unbedingte, erbrachte oder zukünftig einem Dritten zu erbringende Leistung des Kreditgebers, i.d.R. auf der Grundlage der Bonität des Kreditnehmers oder einer entsprechenden Sicherheit. Dieser Leistung steht der Anspruch auf Rückzahlung und i.d.R. auf Entgelt gegenüber. Kredit ist auch der erbrachte oder noch bedingt oder unbedingt zu erbringende Wert.

Der Bankkredit ist in der Praxis ein entgeltlicher,¹⁷ auf der Bonität des Kreditnehmers oder entsprechender Sicherstellung beruhender Vertrag mit dem Zwecke der Kreditgewährung.

IV. Vertragsparteien des Kredites

Der Kredit bedarf nicht unbedingt eines Vertrages zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer. Der Ankauf eines Sichtwechsels (Art. 1024 I OR) z.B. führt bis zur Präsentation zur Kreditgewährung des Wechselkäufers an den Wechselverpflichteten, ohne dass durch übereinstimmende Willensäußerungen ein Vertrag zustandekommt.¹⁸

¹⁷ Abgesehen von Sonderfällen wie der Auszahlung eines Geldbetrages, der von einer Korrespondenzbank rückvalutiert avisiert wurde, aber noch nicht eingegangen ist.

¹⁸ Vgl. V.TUHR/PETER (§ 24 II 2.) 185.

D KREDITBEZIEHUNG UND KREDITVERHALTEN

Die Kreditbeziehung ist das umfassende, faktische und rechtliche Verhältnis des Kreditgebers und des Kreditnehmers. Das Verhältnis hat zum Gegenstande die Kreditgewährung¹⁹ und, eventuell, die Sicherstellung der Kreditgewährung²⁰ oder die Unternehmungsführung.²¹

Das Kreditverhalten ist die Art und Weise, wie sich der Kreditgeber faktisch und rechtlich, zukünftig oder gegenwärtig, in der Erfüllung seiner Pflichten oder in der Wahrnehmung seiner Rechte aus der Kreditbeziehung, gegenüber dem Kreditnehmer verhält.

¹⁹ Siehe hinten § 3 und 4 (10 ff.).

²⁰ Siehe hinten § 5 (37 ff.).

²¹ Auf diesen Aspekt wird nur am Rande eingegangen. Siehe hinten § 6 B VI und VII (67 f.), § 7 D (76 f.) und § 11 C III 1. b) (162 f.).

§ 2 Kreditarten

Der Bankkredit lässt sich aufgrund rechtlicher und banktechnischer Kriterien in die verschiedenen Kreditarten gliedern.¹ Der wirtschaftliche Verwendungszweck teilt die Kredite in konsumtive Kredite, die blossen Konsum ermöglichen, und in produktive Kredite für die Schaffung neuer Werte. Die produktiven Kredite werden für die Finanzierung von Umlaufvermögen (Betriebskredit) oder von Anlagevermögen (Investitionskredit) verwendet. Kredite können öffentlich-rechtlichen Körperschaften, kommerziellen, i.d.R. im Handelsregister eingetragenen Kunden oder Privatpersonen zur Verfügung gestellt werden. Kredite werden entweder auf ungedeckter Basis gewährt, sodass der Kreditnehmer nur persönlich haftet, oder es werden Sicherheiten verlangt. Diese bestehen beim Realkredit in der Haftung ausgeschiedener Vermögenswerte und beim Personalkredit in der Haftung Dritter für die Verpflichtungen des Kreditnehmers. Die Bank überlässt Geldkapital (Geldkredit) oder verpflichtet sich für den Kreditnehmer (Verpflichtungskredit). Beim Geldkredit kann das Kapital einmalig und voll ausbezahlt werden (nicht revolvingender Kredit) oder vom Kreditnehmer in Teilbeträgen ungeachtet von Rückzahlungen beliebig abgerufen werden (revolvingender Kredit). Die unterschiedliche Deckung wird auch den Kreditformen zugerechnet.² Im folgenden werden die unter der Einteilung Geld- und Verpflichtungskredit stehenden einzelnen Kreditgeschäfte im Paragraphen Kreditformen,³ die Deckung im Paragraphen Sicherstellung⁴ behandelt.

¹ Ausführlich ALBISETTI/GSELL 43 und 53 ff.

² ESCHER 243 f.

³ Siehe hinten § 3 (10 ff.).

⁴ Siehe hinten § 5 (37 ff.).

§ 3 Kreditformen

A DARLEHEN

I. Rechtsnatur des Bankdarlehens

Der gesetzliche Darlehensbegriff von Art. 312 OR erfordert die Eigentumsübertragung an einer Wertsumme. Beim Bankdarlehen, bzw. beim festen Vorschuss, wird i.d.R. zur Erfüllung der Hingabepflicht das Eigentum an Geld in- oder ausländischer Währung nicht übertragen. Wenn die Bank dem Konto des Kreditnehmers das Darlehenskapital gutschreibt, erfüllt sie nach dem Willen der Vertragsparteien ihre Schuld.¹ Die Zinsen beginnen zu laufen und die Darlehensrückzahlung wird möglich. Dem Kreditnehmer steht mit der Gutschrift nicht das Eigentum, sondern eine entsprechende Forderung gegen die Bank zu. Durch die Gutschrift hat der Kreditnehmer die Verfügungsmacht über die geliehene Wertsumme erworben, die das Erfordernis der Sachherrschaft durch Eigentumsübertragung als Begriffselement des Darlehens ersetzt.² Die Bank verpflichtet sich, dem Kreditnehmer Geld zu überlassen.

II. Inhalt

Der Kreditnehmer verpflichtet sich zur Rückerstattung und zur Zahlung eines Entgeltes. Bankdarlehen und fester Vorschuss sind Darlehen im Sinne von Art. 312 OR.³ Das Entgelt, das aus Zinsen und

¹ CHRIST 223. A.M. SCHOEN 66 ff., insbes. 72 f., wonach die Gutschrift Leistung an Erfüllung statt ist.

² Vgl. ENNECCERUS/LEHMANN 593. BGE 29 II 551 f. E.4 spricht von indirekter Eigentumsverschaffung.

³ EMCH/RENZ 204.

eventuellen Kommissionen wie etwa für die Bereitstellung des Kredites besteht, macht das Bankdarlehen zum synallagmatischen Vertrag.⁴ Die Höhe des Entgeltes, das im kommerziellen Darlehensgeschäft schon aufgrund Art. 313 II OR geschuldet ist, wird vertraglich festgelegt. Die Parteien ändern die dispositiven Bestimmungen ab. Die Kündigungsregel von Art. 318 OR kann durch ein fristloses Kündigungsrecht oder durch eine terminierte Fälligkeit der Rückzahlungsforderung ohne zwischenzeitliches Kündigungsrecht, wie beim festen Vorschuss, ersetzt werden.

B KONTOKORRENTKREDIT

Der Kontokorrentkredit ist ein revolvingender Geldkredit.⁵ Entgegen dem Darlehen erschöpft sich die Erfüllungsschuld nicht in der Auszahlung des Darlehens in der vereinbarten Höhe, gibt es keine Annahmepflicht des Kreditnehmers⁶ und führen dessen "Rückzahlungen" nicht zur Beendigung des Darlehensvertrages. Der Kontokorrentkredit lässt sich nicht dem gesetzlichen Darlehensbegriff unterordnen. Er ist ein Vertrag "sui generis",⁷ in dem Darlehen und atypische Tatbestandselemente miteinander kombiniert werden.⁸ Die Regeln des Darlehensrechtes können, sofern keine Parteivereinbarung entgegensteht, analog angewendet werden.⁹ Ob die Kontokorrentform eine Abrede des

⁴ V.BUEREN BT 113.

⁵ Siehe vorne § 2 (9). Zum Kontokorrentkredit als Krediteröffnungsvertrag vgl. hinten § 4 A und B (30 ff.).

⁶ AESCHLIMANN 65 ff.

⁷ CHRIST 265. A.M HOMBERGER H. 48 f. und BUTSCHER 14 f., die einen Darlehensvertrag annehmen und im revolvingenden Charakter nur ein accidentale sehen.

⁸ SCHLUEP SPR VII/2 776.

⁹ CHRIST 265. A.M. SCHLUEP SPR VII/2 798, der grundsätzlich die beteiligten Vertragstypenrechte nicht heranziehen will. Vgl. hinten § 4 B III (33 f.).

§ 3 B

Kreditvertrages¹⁰ oder Bestandteil eines eigenen Vertrages¹¹ ist, sei hier offengelassen.¹² Die Leistungspflichten der Bank werden durch ein Gestaltungsrecht des Kreditnehmers bestimmt.¹³ Sie beruhen auf dem Kontokorrentkreditvertrag und sind nicht Inhalt eines neuen Vertrages.¹⁴

Beim Kontokorrentkredit gewährt die Bank ein Gestaltungsrecht auf die Verfügung über Zahlungsmittel bis zu einer bestimmten Höhe gegen die Leistung von Zinsen und eventuellen Kommissionen.

C AKZEPTKREDIT

I. Technik des Akzeptkredites

Durch die Akzeptierung eines vom Kreditnehmer ausgestellten Wechsels geht die Bank für ihn eine Wechselverpflichtung ein gegen die Leistung einer Akzeptprovision und die Anschaffung der Wechselsumme bei Fälligkeit.¹⁵ Der akzeptierte Wechsel kann durch den Kreditnehmer begeben, bei der akzeptierenden Bank oder einer anderen Bank diskontiert, oder als Zahlungsmittel im Eigentum behalten werden. Der Wechsel kann auch von einem Dritten gezogen werden. Wesentlich für den Begriff des Akzeptkredites ist die Anschaffung durch den Kreditnehmer.¹⁶

¹⁰ HOMBERGER H. 48 f.

¹¹ AESCHLIMANN 46 f.; SCHLAEPFER 34 f. und 75; HASLER 54 f.
¹² Vgl. BGE 29 II 336 f.

¹³ Siehe hinten § 4 B II (32 f.).

¹⁴ STAUDER Kredit 69; a.M. AESCHLIMANN 23 f. Er wendet auf alle Krediteröffnungsverträge seine Zweistufentheorie an. Siehe hinten § 4 B I (31 f.).

¹⁵ HOLZACH bei Albisetti u.a. 30 f.

¹⁶ HAGENMUELLER/DIEPEN (Teil II C III 1.) 486 f.

II. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Akzeptkredites ist umstritten. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, der Akzeptkredit sei Darlehen.¹⁷ In analoger Anwendung von Art. 317 OR könne das Akzept als Hingabe der Darlehensvaluta verstanden werden.¹⁸ Die h.L. in Deutschland ist der Meinung, es handle sich um Werkvertrag.¹⁹ Mit Abschluss des Akzeptkreditvertrages verspreche die Bank einen Erfolg, nämlich die Abgabe eines ordnungsgemässen Akzeptes.²⁰ Weiter unterscheidet ein Teil dieser Lehre zwischen dem reinen Akzeptkredit und jenem mit der anschliessenden Diskontierung des Wechsels durch die Akzeptbank verbundenen Akzeptkredit.²¹ Das Problem der Darlehenstheorie liegt in der Rückzahlungspflicht. Der Kreditnehmer wäre grundsätzlich auch bei Nichteinreichung des Wechsels vertraglich zur Rückzahlung verpflichtet.²² Dies entspricht nicht dem Parteiwillen. Deshalb muss eine stillschweigend vereinbarte, nicht rückwirkende Suspensivbedingung angenommen werden mit der Folge, dass der Kreditnehmer nur unter dem Vorbehalt der Inanspruchnahme des Akzeptanten durch den Wechselinreicher die Rückzahlung zu leisten hat.²³ Nach der Werkvertragstheorie verspricht die Bank als Erfolg ihrer Tätigkeit die Abgabe eines

¹⁷ Namentlich WUERDINGER 325 f., ders. aber relativierend 1089 f.

¹⁸ OPPIKOFFER 42 f., der sich in seinem Werk ausführlich auch mit der Qualifikation als Auftrag oder Innominatkontrakt auseinandersetzt.

¹⁹ BGE 41 III 218 nimmt Auftrag an. Vgl. aber BGE 38 II 322 ff. E.1 - 4, wo die Hingabe von Akzepten als Darlehen qualifiziert wurde, und 25 II 861 f. E.2, wo die Hingabe als Erfüllung der Darlehenschuld an Zahlung statt gesehen wurde.

²⁰ SCHOENLE Bankrecht (§ 10 II 1. a)) 139.

²¹ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1601 ff.) 818 ff., der danach auch die Rechtsnatur verschieden beurteilt.

²² V.CAEMMERER 41 ff.

²³ OPPIKOFFER 67; zur Suspensivbedingung vgl. V.TUHR/ESCHER (§ 86 IV) 275 f.

§ 3 C II

ordnungsgemässen Akzeptes gegen die Verpflichtung des Kreditnehmers zur Entrichtung des Werklohnes.²⁴ Die Akzeptierung als Arbeitsleistung mit Erfolgsgarantie ist aber nur das Mittel zur zeitweisen Ueberlassung von Zahlungsmitteln als wesentlichem Vertragsinhalt. Das Darlehen als Wertgebrauchsüberlassung²⁵ entspricht besser dem Tatbestand des Akzeptkredites als Kreditleihe.

III. Inhalt

Beim Akzeptkredit besteht die Leistung der Bank in der Akzeptierung eines auf sie gezogenen Wechsels gegen die Leistung einer Akzeptprovision und der, unter der Bedingung der Inanspruchnahme der Bank durch den Wechseleinreicher stehenden, zukünftigen Rückzahlung durch den Kreditnehmer bei Fälligkeit des Wechsels. Die Diskontierung des akzeptierten Wechsels durch die Akzeptbank ist ein vom Akzeptkredit unabhängiges Rechtsgeschäft.²⁶ Die Einräumung einer Akzeptkreditlimite, bis zu deren Höhe der Kreditnehmer beliebig Wechsel zum Akzept begeben kann, gibt dem Kreditnehmer ein Gestaltungsrecht.²⁷

²⁴ Nach der Auftragstheorie entsteht der Anspruch auf den Ersatz von Auslagen nur, wenn solche effektiv entstanden sind: BGE 41 III 218 f.

²⁵ V.BUEREN BT 110.

²⁶ SCHOENLE Bankrecht (§ 10 II 1. d)) 141.

²⁷ Siehe hinten § 4 B II (32 f.).

D DISKONTKREDIT

I. Technik des Diskontgeschäftes

Beim Diskontkredit überlässt die Bank dem Kreditnehmer Zahlungsmittel gegen eine später fällig werdende Forderung aus einem akzeptierten Wechsel in entsprechender Höhe unter Abzug des Diskontes (Zwischenzinses).²⁸ Tratten werden nur mit dem zusätzlichen Abzug einer Risikoprämie diskontiert oder, was häufiger vorkommt, bevorzusst.²⁹ Diskontiert die Bank Wechsel "à forfait", verzichtet sie auf das Regressrecht gegen den Wechseleinreicher.³⁰ Die Klausel "Eingang vorbehalten" ermöglicht es der Bank, bei Nichteingang der Wechselsumme die Gutschrift auf dem Konto des Einreichers zu stornieren.³¹ Die Bank kann dem Kreditnehmer eine Kreditlimite bekanntgeben, bis zu deren Höhe Wechsel vorbehaltlich ihrer Bonität diskontiert werden. Bei der Gelegenheitsdiskontierung setzt die Bank eventuell eine interne, dem Kreditnehmer nicht bekannte Kreditlimite fest.³²

II. Rechtsnatur

Weil beim Kaufvertrag der Kredit nur Nebenpunkt sein könne, das Synallagma eher im Austausch von Wechsel und Diskont bestehe und die Rechtsnatur des Rückbelastungsrechtes dem Kündigungsrecht des Darlehens näher komme, rechnet eine Minderheit den Diskontkredit

²⁸ SCHERER bei Albisetti u.a. 203.

²⁹ Ders. a.a.O.

³⁰ STAUFFER/EMCH 158 f.; EMCH/RENZ zur Forfaitierung bei der Exportfinanzierung.

³¹ STAUFFER/EMCH 159; BGE 50 II 35; 41 III 218. Nach BGE 44 II 195 ist die Stornierung die Belastung aufgrund des Eintrittes einer Resolutivbedingung.

³² ALBISETTI/GSELL 46.

³³ Ausführlich CANARIS Bankvertragsrecht (N.1531 ff.) 790 f.,

zum Darlehen.³³ Die h.L. dagegen nimmt zutreffend Kaufvertrag an.³⁴ Kredit wird nicht nur beim Darlehen gewährt, sondern kann bei jedem Vertrag vorliegen, sofern ein oder alle Tatbestandselemente unter den Begriff des Kredites subsumiert werden können.³⁵ Mit dem Kauf des Wechsels gewährt die Bank Kredit. Die wechselrechtliche Regressmöglichkeit zielt nicht auf eine Hauptleistung mit Darlehenscharakter, sondern ist Nebenabrede für den Fall eines nicht honorierten Wechsels.³⁶

III. Inhalt

Die Leistung der Bank besteht in der Zahlung des Kaufpreises für einen gezogenen Wechsel gegen die Uebertragung des Eigentums am Wechsel, die daraus resultierende Rückzahlung durch den Bezogenen und die Leistung des Diskontes durch den Kreditnehmer. Die Wechselverpflichtung des Kreditnehmers (Art. 1033 I OR) und die übliche Klausel "Eingang vorbehalten" sind "Sicherheiten" für den Kredit.³⁷ Die Einräumung einer Diskontkreditlimite gibt dem Kreditnehmer ein Gestaltungsrecht auf Bestimmung der Leistungspflichten der Bank.³⁸ Das Gestaltungsrecht unterliegt der vertraglichen Bestimmung, dass die Bonität der eingereichten Wechsel objektiven Kriterien genügt. Ansonsten ist die Bank nicht verpflichtet, einen eingereichten Wechsel zu diskontieren.³⁹

der bei beiden Konstruktionen Schwächen sieht. GAUCHAT 33 ff. sieht im Diskontkredit einen Kauf, der mit darlehensrechtlichen Elementen verbunden ist.

³⁴ SCHOENLE Bankrecht (§ 14 I 1. und 2.) 196; WEISS 57 und 70; ZR 4, 133.

³⁵ Siehe vorne § 1 A (3) und C III (7).

³⁶ GAUCHAT 39 ff. dagegen schliesst einen darlehensrechtlichen Charakter des Regresses nicht aus.

³⁷ Siehe hinten § 5 A (37 ff.).

³⁸ Siehe hinten § 4 B II (32 f.).

³⁹ STAUDER Kredit 99. A.M. SCHERER bei Albisetti u.a. 203, der der Bank allgemein das Recht zuerkennt, Wechsel zurückzuzweisen.

IV. Einzelfragen

Die Bevorschussung von Tratten ist ein durch die wechselrechtliche Verpflichtung des Ausstellers und der übrigen Wechselverpflichteten gesichertes Darlehen. Die Diskontierung von Tratten ist Kauf,⁴⁰ dagegen ist bei nicht indossierten Eigenwechseln Darlehen anzunehmen.⁴¹ Das Rückbelastungsrecht ist nach h.L. ein vertragliches Rücktrittsrecht.⁴² Eine Minderheit sieht darin eine über die Gewährleistungsansprüche des Kaufrechtes hinausgehende Garantiehafung, weil der Kreditnehmer nicht nur mit dem Diskonterlös, sondern mit der ganzen Wechselsumme belastet werde.⁴³ Die Differenz im Umfang des Diskontes kann aber als vertraglich geschuldeter Zins verstanden werden, wie ihn auch das Gesetz in Art. 208 OR vorsieht.⁴⁴ Das Rücktrittsrecht der Bank fließt aus dem Recht der Wandelung gemäss Art. 205 OR. Die Parteien vereinbaren,⁴⁵ dass die Bank befugt ist, bei Nichtonorierung des Wechsels den Vertrag rückgängig zu machen und den Kreditnehmer mit der Wechselsumme zu belasten.

⁴⁰ So WEISS 67 ff.

⁴¹ Vgl. WEISS 71 ff.

⁴² STAUFFER/EMCH 159; BRINK/OCHMANN (N.168) 121. CANARIS Bankvertragsrecht (N.1550) 798 m.w.N., der selber von der darlehensrechtlichen Natur des Diskontkredites ausgeht.

⁴³ SCHOENLE Bankrecht (§ 14 II 1.) 198 f.

⁴⁴ GIGER N.25 zu Art. 208 OR.

⁴⁵ Ders. N.12 zu Art. 205 OR.

E KAUTIONSKREDIT

I. Allgemein

Mittels eines Kautionskredites stellt die Bank dem Kreditnehmer ihre Bonität zur Verfügung. Sie verpflichtet sich gegenüber einem Dritten, bei Nichterfüllung der Vertragspflichten durch den Kreditnehmer gegenüber ihm, statt diesem an ihn zu zahlen.⁴⁶ Rechtsgrund für die Uebernahme dieser Verpflichtung ist ein Auftrag des Kreditnehmers an die Bank.⁴⁷ Wird die Bank in Anspruch genommen, muss der Kreditnehmer ihre entsprechenden Auslagen gemäss Art. 402 I OR ersetzen. Zudem hat er als Entgelt für die Verpflichtungsübernahme eine Kautionskommission zu leisten, die den Kautionskredit zum synallagmatischen Vertrag macht. Zwischen der Bank und dem Dritten kommt ein einseitiger Sicherungsvertrag zustande.⁴⁸ Der Dritte tritt in eine reine Gläubigerstellung ohne Schuldnerverpflichtung.

Umstritten ist vor allem die Subsumption der Kaution unter die Bürgschaft oder die Garantie. Eine Minderheit vertritt die Meinung, die Kaution sei praktisch immer Bürgschaft, weil für die richtige Erfüllung gehaftet werde.⁴⁹ Zutreffend geht aber die h.L. davon aus, dass beide Verpflichtungsformen in der Praxis vorkommen.⁵⁰

⁴⁶ SCHOENLE Bankrecht (§ 27 V 1.) 338. A.M. GUGGENHEIM (XV 1.) 142, wonach die Bankgarantie primär kein Kreditinstrument ist.

⁴⁷ Vgl. OSER/SCHOENENBERGER N.11 zu Art. 111 OR (Dritter ist hier der Kreditnehmer.) und SCHOENENBERGER N.11 zu Art. 492 OR.

⁴⁸ KLEINER Bankgarantie 24.

⁴⁹ ALBISETTI u.a. 370; BAER 65; so noch STAUFFER/EMCH 169; vgl. aber die neue Auflage von EMCH/RENTZ 218 ff.

⁵⁰ SCHOENLE Bankrecht (§ 27 V 1.) 338; KLEINER Bankgarantie 17 und 38 f.; vgl. GUGGENHEIM (XV 3. b)) 145. Siehe hinten § 3 E IV (21).

II. Garantie

1. Inhalt

Man unterscheidet zwischen der reinen Garantie, die das Verhalten einer noch unbestimmten Person sicherstellt,⁵¹ und der bürgschaftsähnlichen Garantie, die das Verhalten eines bestimmten Schuldners garantiert.⁵² Der Kautionskredit bezweckt das Entstehen für eine Leistung des Kreditnehmers an einen Dritten aus deren Vertragsverhältnis. Er wird deshalb nicht als reine Garantie, sondern als bürgschaftsähnliche Garantie gewährt. Diese enthält die formfrei eingehbare, nicht akzessorische Verpflichtung der Bank, für die vom Dritten erwartete und vom Kreditnehmer zu erbringende Leistung ungeachtet der Gültigkeit ihres Rechtsgrundes oder ihrer Durchsetzbarkeit, zu haften.⁵³ Vorbehalten bleibt die Nichtigkeit der Leistungsverpflichtung selbst nach Art. 20 I OR.⁵⁴ Mit dem Eintritt des Garantiefalls ist die Bank zur Zahlung der Garantiesumme verpflichtet. Der Garantiefall tritt mit blosser Aufforderung durch den Dritten zur Zahlung ein oder hängt noch von zusätzlichen Bedingungen ab.⁵⁵

2. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Garantie wird verschieden beurteilt. Ein Teil der Lehre will den "Vertrag zu Lasten Dritter" gemäss Art. 111 OR ausdehnend interpretieren und auch die reine Garantie darunter sub-

⁵¹ SCYBOZ 324; KLEINER Bankgarantie 35.

⁵² SCYBOZ 324; KLEINER Bankgarantie 36.

⁵³ SCHOENENBERGER N.54 f. zu Art. 492 OR; BGE 76 II 36 f. E.3.

⁵⁴ OSER/SCHOENENBERGER N.7 zu Art. 111 OR.

⁵⁵ KLEINER Bankgarantie 147 ff.; zum Problem des Missbrauches bedingungsloser Garantien vgl. BGE vom 24.6.83 (SAG 1984 175 ff.).

§ 3 E II 2.

sumieren. Die Garantie ist dieser Ansicht nach ein besonderer Vertragstypus, der teilweise, unglücklicherweise im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, von Art. 111 OR dispositiv geregelt wird.⁵⁶ Eine andere Meinung sieht in der Garantie einen Vertrag "sui generis".⁵⁷ Beide Auffassungen gehen von einem einheitlichen Rechtsbegriff der Garantie aus. M.E. ist es nicht notwendig, die reine und die bürgschaftsähnliche Garantie gleich zu qualifizieren.⁵⁸ Die bürgschaftsähnliche Garantie des Kautionskredites ist ein Vertrag gemäss Art. 111 OR. Die Garantie der Leistung erstreckt sich auf die Haftung für den faktischen Erfolg.⁵⁹

III. Bürgschaft

Wird ein Kautionskredit in der Form einer Bürgschaft gewährt, haftet die Bank für die Erfüllung der Verpflichtungen des Kreditnehmers gegenüber dem Dritten.⁶⁰ Die Bürgschaft ist zur Hauptschuld akzessorisch und mehr oder weniger subsidiär.⁶¹ Fällt die Hauptschuld dahin, erlischt die zu ihr akzessorische Bürgschaftsverpflichtung.⁶² Im Gegensatz zur Garantie unterliegt die Bürgschaft weitgehend zwingendem Recht (Art. 492 ff. OR).⁶³

⁵⁶ SCYBOZ 324 f.; vgl. V.TUHR/ESCHER (§ 82) 236.

⁵⁷ MEIER-HAYOZ in SJK Nr. 1134, 9; ROESLE 26 f.; GUGGENHEIM (XV 5. b)) 155.

⁵⁸ A.M. ROESLE 27 und GUGGENHEIM (XV 5. a) (1.)) 153.

⁵⁹ OSER/SCHOENENBERGER N.4 zu Art. 111 OR; a.M. offenbar ROESLE 26.

⁶⁰ GIOVANOLI N.1 zu Art. 492 OR.

⁶¹ Vgl. SCHOENENBERGER N.19 ff. zu Art. 492 OR und N.6 ff. zu Art. 495 OR; BGE 78 II 59 f.

⁶² GIOVANOLI N.3 zu Art. 509 OR.

⁶³ SCYBOZ 353 ff.

IV. Verhältnis von Bürgschaft und Garantie

Die Nichteinhaltung zwingender Bürgschaftsbestimmungen macht die Bürgschaft nicht zur Garantie, sondern gemäss Art. 20 OR ganz oder teilweise nichtig.⁶⁴ Das Unterscheidungskriterium liegt in der Akzessorietät.⁶⁵ Bei der Bürgschaft haftet der Bürge für die Erfüllung einer bestehenden Schuld. Nur die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners soll sichergestellt werden. Der Garant hingegen haftet für den Erfolg der Erfüllung einer durch den Kreditnehmer gegenüber dem Dritten eingegangenen Verpflichtung. Nicht nur die Zahlungsfähigkeit soll sichergestellt werden.⁶⁶ Die Subsumption einer Bankgarantie unter das Institut der Garantie oder der Bürgschaft kann schwierig sein.⁶⁷ Der Wortlaut des Sicherungsvertrages ist oft unklar oder stimmt nicht mit dem eventuell schwer eruierbaren Parteiwillen überein.⁶⁸ Lassen Vertragstext und die Umstände des Vertragsschlusses keine eindeutige Qualifikation zu, vermutet die h.L. das Vorliegen einer Bürgschaft als der schwächeren Verpflichtung.⁶⁹

⁶⁴ SCHOENENBERGER N.57 zu Art. 492 OR und OSER/SCHOENENBERGER N.18 zu Art. 111 OR. Dies ist vor allem für die unzulässige Gesetzesumgehung von Bedeutung. GUTZWILLER Wahlfreiheit dagegen spricht sich für die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie aus. Nach ihm ist eine Gesetzesumgehung durch die Wahl einer Garantie gar nicht möglich.

⁶⁵ Statt vieler KLEINER Bankgarantie 39 ff.; BGE 111 II 279 E.b.

⁶⁶ SCHOENENBERGER N.55 zu Art. 492 OR.

⁶⁷ Vgl. GUGGENHEIM (XV 3. b) 146 ff. m.w.N.

⁶⁸ KLEINER Bankgarantie 37 ff.; ZR 73, 94.

⁶⁹ Ders. Bankgarantie 75; zurückhaltend GIOVANOLI N.14c zu Art. 492 OR; BGE 111 II 279 E.b. Kritisch zu diesem Entscheid ROSSI. Zur Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldmitübernahme vgl. BGE 66 II 28 f. E.a. A.M. SCHINNERER II (III.Kap. II A 6. b)) 299 f., wonach der Parteiwille i.d.R. auf eine nichtakzessorische Sicherstellung geht.

V. Wechselbürgschaft

Ein Kautionskredit wird auch durch die Abgabe einer Wechselbürgschaft im Auftrage des Kreditnehmers als Wechselverpflichteten gewährt.⁷⁰ Die Wechselbürgschaft ist eine selbständige Verpflichtung und nicht dem Bürgschaftsrecht unterstellt.⁷¹ Die Frage einer Gesetzesumgehung stellt sich nicht, da die Bank durch die Wechselbürgschaft gerade nicht eine akzessorische Verpflichtung eingehen will.

VI. Abgrenzungen

1. Kumulative Schuldübernahme

Die kumulative Schuldübernahme begründet eine solidarische, nicht subsidiäre, auf der Urschuld beruhende Verpflichtung.⁷² Die Banken werden kaum eine derartige Verpflichtung eingehen wollen, weil die Höhe der Schuld sich nicht begrenzen lässt⁷³ und im Gegensatz zu den anderen Kautionskrediten auch eine bloss faktische Subsidiarität gerade nicht zum Wesen der kumulativen Schuldübernahme gehört.

2. Anweisung (Akkreditiv)

Während die Anweisung nach Art. 466 OR⁷⁴ primär Zahlungsfunktionen erfüllt, hat die Bankgarantie in erster Linie Sicherungsfunktionen.⁷⁵ Umstritten ist deshalb die Kautionsfunktion durch ein Akkreditiv.

⁷⁰ Art. 1020 ff. OR; ausführlich MEIER-HAYOZ/V.DER CRONE (§ 14 N.2 ff.) 208 ff.

⁷¹ GIOVANOLI N.16 zu Art. 492 OR.

⁷² BECK N.24 Einleitung.

⁷³ Z.B. Schadenersatz für *lucrum cessans*.

⁷⁴ Vgl. hinten § 3 F II (26 f.) zum Akkreditiv.

⁷⁵ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1102) 573 f.; KLEINER Bankgarantie 103 f.

Der Auftraggeber, der Kreditnehmer, beauftragt die eröffnende Bank, den Kreditgeber, dem Akkreditivbegünstigten, die Annahme einer Anweisung nach Art. 468 OR zu erklären.⁷⁶ Die Einschaltung einer avisierenden Bank begründet ein Substitutionsverhältnis. Die Beanspruchung der Anweisung kann Bedingungen unterliegen.⁷⁷ Der Anweisung wird von einem Teil der Lehre die Sicherungsfunktion abgesprochen,⁷⁸ welche der selbständigen Garantieverpflichtung zukomme, oder die Anweisung wird als eine Möglichkeit der Sicherstellung,⁷⁹ als eventuelle Garantief orm⁸⁰ gesehen. Dazu wird die Ansicht vertreten, dass eine Anweisungsqualifikation der Garantie keine besonderen Rechtsfolgen nach sich ziehe, ausser für die Entstehung der Zahlungspflicht des Garanten.⁸¹ Die Parteien sind m.E. frei, die Anweisung Bedingungen zu unterwerfen, die in bezug auf die Leistungspflichten aus dem Valutaverhältnis eine faktisch subsidiäre Zahlungspflicht bewirken.⁸² Die bürgschaftsähnliche Garantie wird nicht zwingend durch das Akkreditiv ausgeschlossen. Der Parteiwille auf eine faktisch subsidiäre Zahlungsverpflichtung begründet die Garantiefunktion des Akkreditivs.⁸³ Die Frage der Abgrenzung zur Bürgschaft stellt sich auch beim Akkreditiv, weil durch dieses ebenfalls zwingendes Recht umgangen werden kann.⁸⁴

⁷⁶ ALBISETTI u.a. 22.

⁷⁷ HUBER H. Personalsicherheiten 54 f.; KLEINER Bankgarantie 109 f.

⁷⁸ KLEINER Bankgarantie 105 f.

⁷⁹ HUBER H. Personalsicherheiten 54 f.

⁸⁰ NOBEL 388 (BGE vom 22.3.1977).

⁸¹ SCHOENLE Akkreditiv und Bankgarantie 57.

⁸² A.M. KLEINER Bankgarantie 106.

⁸³ A.M. HUBER H. Personalsicherheiten 55.

⁸⁴ Vgl. vorne § 3 E IV (21).

3. Kreditauftrag

Eine Bankgarantie in der Form eines Kreditauftrages wäre die Haftung der Bank wie ein Bürge, aufgrund des Auftrages der Bank an den Dritten, ihrem Kunden Kredit zu gewähren.⁸⁵ Beim Kautionskredit beständen zwei Kreditverhältnisse: erstens die Kreditgewährung des Dritten an den Kunden innerhalb ihres Grundverhältnisses unter der Haftung der Bank wie ein Bürge aus dem Kreditauftrag. Zweitens die Kreditgewährung der Bank an den Kunden durch das Eingehen der bürgschaftsähnlichen Verpflichtung, ihre Bonität dem Kunden zuhanden des Dritten zu leihen. Mit Abschluss des Kreditauftrages verpflichtete sich der Dritte als Beauftragter, an den Kunden der Bank Kredit zu gewähren. Abgesehen von der komplizierten Konstruktion verpflichtet sich der Dritte kaum gegenüber der Bank, seine Forderung gegenüber dem Kreditnehmer zu kreditieren, sondern hat diesen Kredit und seine Sicherstellung zum Bestandteil des Vertrages zwischen ihm und dem Kunden gemacht. Aufgrund dieses Vertrages oder der entsprechenden Vertragsverhandlungen erteilt der Kunde den Auftrag, dem Dritten eine Bankgarantie zu stellen⁸⁶

VII. Definition des Kautionskredites

Der Kautionskredit ist der Auftrag des Kreditnehmers an die Bank, einem Dritten eine Bankgarantie auf Zahlung einer Geldsumme in der Form der bürgschaftsähnlichen Garantie, der Bürgschaft oder Wechselbürgschaft abzugeben gegen die Verpflichtung des Kreditnehmers, eine Kautionskommission zu bezahlen und der Bank im Falle der Inanspruchnahme der Bankgarantie die entsprechende Geldsumme zu

⁸⁵ GAUTSCHI N.1c zu Art. 408 OR.

⁸⁶ BECK N.33 Einleitung.

ersetzen. Besteht eine Kautionskreditlimite, hat der Kreditnehmer ein Gestaltungsrecht für beliebige Bankgarantien bis zu einer bestimmten Höhe.⁸⁷

F KREDITGEWAEHRUNG BEIM AKKREDITIV

I. Technik des Akkreditivgeschäfts

Das Akkreditivgeschäft hat Zahlungs- und Sicherungsfunktion im Exportgeschäft.⁸⁸ Der Begriff Akkreditiv, bzw. Dokumentarakkreditiv, umfasst "jede, wie auch immer benannte oder bezeichnete Vereinbarung, derzufolge eine Bank (eröffnende Bank) auf Ersuchen und nach den Weisungen eines Kunden (Akkreditiv-Auftraggeber) gegen Uebergabe vorgeschriebener Dokumente - (i) eine Zahlung an einen Dritten (Begünstigten) oder dessen Order zu leisten oder vom Begünstigten gezogene Wechsel (Tratten) zu bezahlen oder zu akzeptieren hat - oder - (ii) eine andere Bank zur Ausführung einer solchen Zahlung oder zur Bezahlung, Akzeptierung oder Negoziierung derartiger Wechsel (Tratten) ermächtigt, - sofern die Akkreditivbedingungen erfüllt sind."⁸⁹ Ein unwiderrufliches Akkreditiv begründet die Verpflichtung der eröffnenden Bank, dem Begünstigten gegen Vorlage der entsprechenden Dokumente zu leisten.⁹⁰ Bestätigt eine andere, avisierende Bank (Korrespondenzbank) dem Begünstigten aufgrund einer Ermächtigung der eröffnenden Bank ein unwiderrufliches Akkreditiv, verpflichtet sich die Korrespondenzbank gegen Vorlage der Dokumente zu lei-

⁸⁷ KLEINER Bankgarantie 137; siehe hinten § 4 B II (32 f.).

⁸⁸ Vgl. CANARIS Bankvertragsrecht (N.916 f.) 482 f.

⁸⁹ Art. 2 ERGDA.

⁹⁰ Art. 10 a. ERGDA; BGE 71 II 53 ff. E.5.

sten.⁹¹ Die Parteien erheben üblicherweise die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERGDA) durch Verweisung zum Vertragsinhalt.⁹²

II. Rechtsnatur und Inhalt

Die h.L. beurteilt das i.d.R. unwiderrufliche Akkreditiv als Anweisung gemäss Art. 466 OR,⁹³ der ein Auftragsverhältnis, der Akkreditiveröffnungsvertrag,⁹⁴ zu Grunde liegt.⁹⁵ Eine Minderheit nimmt zudem Kreditbrief gemäss Art. 407 OR an.⁹⁶ Beim unwiderruflichen Akkreditiv erklärt die eröffnende Bank dem Begünstigten die Annahme gemäss Art. 468 I OR. Beim bestätigten Akkreditiv besteht eine solidarische, auf einem Substitutionsanweisungsverhältnis beruhende Verpflichtung der bestätigenden Korrespondenzbank zur Honorierung.⁹⁷ Die Honorierung erfolgt gegen Barbezahlung, durch die Hingabe von Sichttratten, den Ankauf von Sicht- oder Terminwechseln ohne Regress, die Akzeptierung von Nachsicht- oder Termintratten oder die Verpflichtung zur zukünftigen Zahlung.⁹⁸ Der Honorierungspflicht entspricht die Remboursierungspflicht des Akkreditiv-auftraggebers gemäss Art. 402 OR.⁹⁹ Da der Auftrag entgeltlich ist, hat der Auftraggeber der Bank verschiedene Gebühren zu entrich-

⁹¹ Art. 10 b. ERGDA.

⁹² GAUTSCHI N.4d und 8f zu Art. 407 OR.

⁹³ OSER/SCHOENENBERGER N.2 f. Vorbem. zu Art. 407 - 411 OR.

⁹⁴ HARTMANN J. 17.

⁹⁵ BGE 78 II 48 E.3 (Bestätigung von ZR 51, 116).

⁹⁶ PREISIG 355 f.; GAUTSCHI N.1a, 3b und 8a zu Art. 407 OR; zum eher theoretischen Unterschied vgl. HARTMANN J. (FN.75) 15 und 82 f.

⁹⁷ HARTMANN J. 19. A.M. GAUTSCHI N.4b zu Art. 407 OR, der keinen Erfüllungs-, sondern nur einen Garantieanspruch gegen die eröffnende Bank annimmt.

⁹⁸ SCHINNERER III (I.Kap. B 3. i) rr)) 98 ff.

⁹⁹ HARTMANN J. 107 ff.

ten.¹⁰⁰ Durch die Einräumung einer Akkreditivlimite verpflichtet sich die eröffnende Bank aus Auftrag, bis zu einer bestimmten Höhe gemäss den, in Ausübung der ausfüllenden Gestaltungsrecht ergehenden, Weisungen ihres Kunden eine unbestimmte Zahl von Akkreditiven zu eröffnen.¹⁰¹

III. Kreditgewährung beim Akkreditiv

1. Allgemein

Der Akkreditiveröffnungsvertrag ist mit einer Kreditgewährung der eröffnenden Bank an den Akkreditivauftraggeber verbunden, wenn dieser die Remboursierung entweder, beim widerruflichen Akkreditiv, erst nach der Honorierung oder, beim unwiderruflichen Akkreditiv, erst nach der Erklärung der Annahme gemäss Art. 408 I OR erbringt.¹⁰² Kredit im Rahmen des widerruflichen Akkreditivs ist die Honorierung des Akkreditiv-Begünstigten durch die eröffnende Bank, bzw. die Korrespondenzbank, gegen die zukünftige Rückzahlung durch den Akkreditivauftraggeber. Kredit beim unwiderruflichen Akkreditiv ist die bis zur Honorierung bedingte Kreditleistungspflicht, nachher erbrachte Kreditleistung gegen die nachträgliche Rückzahlung. Bis zum Zeitpunkt der Honorierung überträgt die Bank als Kreditgeber ihre Bonität; nachher überlässt sie bis zur Rückzahlung Zahlungsmittel.¹⁰³

¹⁰⁰ Vgl. GAUTSCHI N.23a zu Art. 407 OR.

¹⁰¹ Siehe hinten § 4 B II (32 f.).

¹⁰² KADERLI Bankgeschäft 190; EMCH/RENZ 335.

¹⁰³ Siehe vorne § 1 C II (6). Zur Besonderheit des Rembourskredites siehe hinten § 3 F IV (29).

2. Verhältnis von Akkreditiv und Kreditvertrag

Durch die Vereinbarung einer beliebigen Kreditart und -form¹⁰⁴ regeln die Parteien die Finanzierung von Honorierung und Remboursierung. Durch die Zahlungsweise der Bank kann der Erfüllungsakt ihrer Hauptleistung aus dem Akkreditiveröffnungsvertrag (Honorierung) mit dem Erfüllungsakt ihrer Hauptleistung aus der Kreditbeziehung (Kreditgewährung) zusammenfallen. Desgleichen können die Erfüllung der Rückzahlungsschuld und die Erfüllung der Remboursierungsschuld des Kunden in einem Leistungsakt erfolgen. Die Erfüllung zweier Funktionen durch eine Leistung lässt die Vertragstypen des Akkreditivs und des Kredites zu einem gemischten Vertrag zusammenschmelzen,¹⁰⁵ auf den das gesetzliche Typenrecht analog anwendbar ist.¹⁰⁶ Dabei ist m.E. auf die Honorierung als Gegenstand der detaillierten Weisungen des Akkreditivstellers Auftragsrecht, auf die Rückzahlung als Gegenstand der Verpflichtung durch Kredit das Recht des Kreditverhältnisses analog anzuwenden. Ist das Kreditverhältnis ein Innominatkontrakt, liegt kein gemischter Vertrag, sondern ein Innominatvertrag vor.¹⁰⁷ Die Rechtsanwendung erfolgt nach denselben Grundsätzen wie beim vorgenannten, gemischten Vertrag.¹⁰⁸ Sind weder auf der Seite der Bank noch ihres Kunden Typenverschmelzungen von Hauptleistungen ersichtlich, handelt es sich um einen Koppelver-

¹⁰⁴ STAUDER Kredit 47 f.

¹⁰⁵ SCHLUEP SPR VII/2 775 f. A.M. STAUDER Kredit 47 f., der offenbar zusammengesetzte Verträge annimmt.

¹⁰⁶ SCHLUEP SPR VII/2 797 zieht die Vertragstypenrechte grundsätzlich nicht zur Auslegung heran. Vgl. hinten § 4 B III (33 f.). Besondere vertragliche Abreden gehen dem subsidiären Gesetzesrecht vor.

¹⁰⁷ Ders. 772.

¹⁰⁸ Ders. 798.

trag. Die Rechtsanwendung bestimmt sich nach dem jeweiligen Vertragsrecht.¹⁰⁹

IV. Rembourskredit

Der Rembourskredit ist die Kreditgewährung der eröffnenden Bank an den Importeur durch Akzeptierung eines Wechsels gegen die Vorlage bestimmter Dokumente durch den Exporteur zwecks Honorierung, und kommt heute vornehmlich im Dokumentarkreditgeschäft vor. Der Rembourskredit ist ein spezieller Akzeptkredit.¹¹⁰ Wird der Wechsel vom Exporteur ausgestellt, ist das Akzept die Hingabe der dem Importeur als Kreditnehmer geschuldeten Darlehensvaluta. Die Hingabe erfolgt auftrags des Kreditnehmers durch die eröffnende Bank oder die Korrespondenzbank an den Exporteur.¹¹¹ M.E. liegt kein Kreditauftrag vor.¹¹² Die Anschaffung der Wechselsumme bei Fälligkeit durch den Akkreditivsteller ist die Erfüllung seiner eigenen Schuld, nicht der Schuld des Dritten, des Exporteurs, da dessen wechselrechtliche Haftung ausgeschlossen wird.¹¹³ Dem Dritten wird kein Akzeptkredit gewährt.¹¹⁴ Im Gegenteil erhält der Exporteur mit dem akzeptierten Wechsel ein Zahlungsmittel, das er erst bei Fälligkeit präsentieren oder nur unter Abzug des Zwischenzinses diskontieren lassen kann. Hier gewährt der Exporteur dem Importeur eventuell Kredit im Zusammenhang mit ihrem Grundverhältnis.¹¹⁵

¹⁰⁹ Ders. 776 f.

¹¹⁰ EMCH/RENZ 217 f.; ALBISETTI u.a. 513 f.

¹¹¹ Vgl. vorne § 3 C I und II (12 ff.).

¹¹² A.M. SCHOENLE Bankrecht (§ 11 VI) 162 f.

¹¹³ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1085) 559.

¹¹⁴ A.M. offenbar SCHOENLE Bankrecht (§ 11 VI 1.) 162; HAGEN-MUELLER/DIEPEN (Teil II F 3.1.2. ba)) 636; AESCHLIMANN 58.

¹¹⁵ Zum Akkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung vgl. STAUDER Dokumentarakkreditiv, insbes. 437, 440 und 443.

§ 4

§ 4 Krediteröffnungsvertrag

A KREDITLIMITE

I. Problemstellung

Das Einzelkreditgeschäft als Kreditvertrag ist bei den hier untersuchten Kreditformen dem Recht des Darlehens,¹ Kaufs,² Auftrags³ oder eines Innominatkontraktes⁴ unterstellt. Die Rechtsnatur des Krediteröffnungsvertrages, der eine Folge von Kreditgeschäften der gleichen Rechtsform zum Ziel hat, ist damit nicht geklärt. Fraglich ist auch, welche Bedeutung der Aussetzung einer Kreditlimite für mehrere Krediteröffnungsverträge zukommt, und welcher Zusammenhang zwischen Kreditvereinbarungen und anderen bankvertraglichen Regelungen besteht.

II. Begriff

Mit der Vereinbarung einer Kreditlimite, die theoretisch bei jeder Kreditform ausgesetzt werden kann, erschöpft sich der Kredit nicht in seiner einmaligen oder sukzessiven Benützung. Der Kreditnehmer kann - in der vereinbarten Form - sich beliebig oft Kredit einräumen lassen und Rückzahlungen leisten.⁵ Einzig die Höhe der gesamten Kreditverpflichtungen aus dem Krediteröffnungsvertrage gegenüber der Bank darf die Kreditlimite nicht überschreiten. Die deutsche Lehre bezieht sich auf die Praxis in Deutschland, dass der Begriff "Kreditlimi-

¹ Siehe vorne § 3 A I (10) und C II (13 f.).

² Siehe vorne § 3 D II (15 f.).

³ Siehe vorne § 3 E I (18).

⁴ Siehe vorne § 3 B (11 f.).

⁵ EMCH/RENZ 223; AESCHLIMANN 20.

te" sowohl bei sukzessiver Inanspruchnahme des Kredites unter entsprechender Reduktion der Kreditlimite⁶ als auch beim revolvingierenden Kredit verwendet wird.⁷ In der Schweiz wird der Begriff "Kreditlimite" i.d.R. für den revolvingierenden Kredit verwendet. In diesem Sinne wird hier die Kreditlimite definiert. Die Rechtsnatur des Krediteröffnungsvertrages und der Kreditlimite als dessen wesentlichem Merkmal ist umstritten.

B KREDITERÖFFNUNGSVERTRAG

I. Verhältnis zu den einzelnen Kreditgeschäften

Die ältere Zweistufentheorie trennt den Krediteröffnungsvertrag von den ihm folgenden Kreditgeschäften, die eigene Verträge seien. Der Krediteröffnungsvertrag sei Vorvertrag⁸ oder Grund-, bzw. Rahmenvertrag.⁹ Oder die Parteien könnten in einer Normenvereinbarung den rechtlichen Rahmen abstecken, der für die, ohne vorvertragliche oder vertragliche Verpflichtungen noch zu schliessenden, einzelnen Kreditverträge gelten soll.¹⁰ Mit Abschluss des Krediteröffnungsvertrages wollen sich die Parteien aber endgültig verpflichten.¹¹ Die Re-

⁶ Dies wird hier als (in Tranchen abrufbarer) Bereitstellungskredit bezeichnet. Vgl. hinten § 4 B II (32 f.).

⁷ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1217 f.) 628 f.; STAUDER Kredit 52 f. und 164 ff.; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 3. a) 1. a)) 173.

⁸ GUHL/MERZ/KUMMER (§ 45 III) 396; OSER/SCHOENENBERGER N.22 zu Art. 312 OR.

⁹ AESCHLIMANN 23 f.; vgl. KLAUSING 90 f.

¹⁰ BUCHER Vorvertrag 171; FUCHS-WISSEMAN 26 f.

¹¹ SCHOEN 79 f.; STAUDER Kredit 69; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 1. d)) 169 f.; CANARIS Bankvertragsrecht (N.1204) 623; HENRICH 115. SCHOEN 90 f. hat diese rechtliche Konstruktion meines Wissens im Grundsatz als erster entwickelt. Er ging von einem Verpflichtungsvertrag, dem Krediteröffnungsvertrag aus, dem nach dem Belieben des Kreditnehmers die einzelnen Verfügungsgeschäfte folgen. STAUDER 81 ff. hat dann das Verfü-

gelungen des Krediteröffnungsvertrages verpflichten die Bank schon zur Leistung.

II. Gestaltungsrecht

Die Kreditlimite ermöglicht es dem Kreditnehmer, nach seinem Belieben fortwährend Kredit zu verlangen und zu erhalten; dies kraft aus einem Mutter-Gestaltungsrecht¹² fliessender, ausfüllender Gestaltungsrechte.¹³ Die Vereinbarung einer Kreditlimite ergänzt den vertragstypischen Inhalt der betreffenden Kreditform mit der Abrede, dass der Kreditnehmer - ohne Reduktion der Kreditlimite durch die Inanspruchnahme oder durch Rückzahlungen - den Kredit bis zur vereinbarten Höhe zeitlich und quantitativ nach seinem Belieben benützen kann. Weil der Kreditnehmer die Kreditlimite nicht benützen muss, liegt keine Wahlobligation vor.¹⁴

Beim Bereitstellungskredit steht dem Kreditnehmer ebenfalls ein Gestaltungsrecht zu, dessen Umfang sich aber entsprechend der bisherigen Kreditbenützung reduziert, bis es mit dem Bezug aller Kredittranchen, bzw. der vollen Beanspruchung der zugesagten Kreditlimite, erschöpft ist. Der Bereitstellungskredit ist i.d.R. mit der Pflicht zur Benützung verbunden. Das Gestaltungsrecht verbindet sich mit einer Wahlobligation.¹⁵

gungsgeschäft als Ausübung eines Gestaltungsrechtes qualifiziert.

¹² BOETTICHER 6.

¹³ AESCHLIMANN 23; STAUDER Kredit 81 ff.; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 1. d)) 169 f.; CANARIS Bankvertragsrecht (N.1205) 623; SAUTER 42.

¹⁴ Zur Wahlobligation vgl. V.TUHR/PETER (§ 11 I) 77 f. Im Unterschied zum Abnehmer beim Sukzessivlieferungsvertrag ist der Kreditnehmer i.d.R. nicht zur Kreditbenützung verpflichtet: SAUTER 45 f.; AESCHLIMANN 66 ff.; STAUDER Kredit 108; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 3. c)) 179.

¹⁵ V.TUHR/PETER (§ 11 I) 79. Nach ZOBL N.371 zu Art. 884

Die Bank muss wissen, wozu sie sich verpflichtet. Fehlt die Begrenzung ihrer Leistungspflicht durch eine Kreditlimite, ist die beliebige Bestimmung dieser Leistung durch ein Gestaltungsrecht des Kreditnehmers nach Art. 27 II OR unsittlich, und der Krediteröffnungsvertrag nach Art. 20 OR nichtig.¹⁶ Ob in diesem Falle gemäss Art. 20 II OR eine Normenvereinbarung¹⁷ vorliegt, muss anhand der Auslegung des Parteiwillens geprüft werden.

III. Rechtsnatur

Die Leistungspflicht der Bank erschöpft sich im Rahmen der Kreditlimite nie. Die Rückzahlungen des Kreditnehmers sind im Gegensatz zum einmaligen Kreditvertrag nicht Erfüllung zwecks Beendigung des Kreditvertrages. Diese andauernde Leistungspflicht der Bank macht den Krediteröffnungsvertrag zum Dauerschuldvertrag.¹⁸ Die Vertragstypen der einzelnen Kreditformen verbinden sich mit einem atypischen Dauerschuldverhältnis und werden zu Innominatkontrakten,¹⁹ auf die das jeweilige Vertragstypenrecht analog anzuwenden ist.²⁰ Weil das Kreditgeschäft bei allen Kreditformen dem Typus des Darlehens als Wertgebrauchsüberlassung sehr nahe kommt, können darlehensrechtliche Bestimmungen neben dem jeweiligen Vertragstypenrecht analog

¹⁶ ZGB fallen Wahlobligation und Gestaltungsrecht nicht zusammen. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.83 zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.312.

¹⁷ Siehe hinten § 4 D (35 f.).

¹⁸ GAUCH Dauerverträge 6 f.; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 1. d)) 170.

¹⁹ SCHLUEP SPR VII/2 776. BRINK/OCHMANN (N.152) 113 qualifizieren den Krediteröffnungsvertrag nach dem Vertragsrecht des jeweiligen Einzelkreditgeschäftes.

²⁰ A.M. SCHLUEP SPR VII/2 798, der das Vertragstypenrecht grundsätzlich nicht heranzieht, sondern aus dem Typus des Innominatkontraktes eigenständige Regeln entwickelt. Der Typus des jeweiligen Kreditgeschäftes ist aber m.E. so bestimmend, dass seiner analogen Anwendung nichts im Wege steht.

angewandt werden.²¹ Eine andere Meinung, die offenbar nur das Recht des Vertragstypus hinzuziehen will,²² ist m.E. Ausfluss der Auseinandersetzung mit den heute wohl überwundenen, rein darlehensbezogenen Theorien des Krediteröffnungsvertrages.²³ Wenn die Unterstellung unter oder die generelle Annäherung an das Darlehensrecht verneint wird, schliesst dies seine teilweise analoge Anwendung nicht aus.²⁴

C RAHMEN- UND SAMMELKREDITLIMITE

Die Gewährung mehrerer Kredite der gleichen oder unterschiedlicher Kreditform beruht nicht auf einem, sondern auf mehreren Kredit-, bzw. Krediteröffnungsverträgen, selbst wenn sie äusserlich in einem Verträge geregelt sind.²⁵ Die Verknüpfung von Krediteröffnungsverträgen mit einer Kreditlimite oder eines neuen Krediteröffnungsvertrages mit einer bestehenden Kreditlimite berührt die rechtliche Selbständigkeit der Verträge nicht. Sie werden aber in dem Sinne voneinander abhängig gemacht, dass die Gesamtverpflichtungen des Kreditnehmers aus allen angesprochenen Kreditverträgen eine bestimmte Höhe nicht überschreiten dürfen. Der Umfang des Gestaltungsrechtes des einzelnen Krediteröffnungsvertrages wird nicht nur durch die Ausübung von dessen Gestaltungsrechts als subjektive Bestimmung der Leistungspflicht der Bank innerhalb dieses Vertrages festgelegt. Auch

²¹ OSER/SCHOENENBERGER N.6 zu Art. 316 OR; weitgehend CANARIS Bankvertragsrecht (N.1206 f.) 624 f. AESCHLIMANN 25 f. will nur Darlehensrecht analog anwenden.

²² STAUDER Kredit 84 f.; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 1. c) und d)) 169 f.

²³ Vgl. STAUDER Kredit 57 ff.; SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 1. a)) 167 f. Für die Darlehensnatur HASLER 7 und 20 f. und BUTSCHER 9 ff. und 15.

²⁴ A.M. GUGGENHEIM (XII 3. c)) 101.

²⁵ Vgl. ENNECCERUS/LEHMANN 394.

die Kreditbenützung im Rahmen eines anderen Krediteröffnungsvertrages begrenzt - als direkt objektive und indirekt subjektive Bestimmung - das Gestaltungsrecht des Krediteröffnungsvertrages.²⁶ Die Verträge sind nicht zusammengesetzt, weil weder der eine Vertrag Geschäftsgrundlage des anderen ist,²⁷ noch die Verträge sich wie Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen.²⁸

D KREDIT- UND ANDERE BANKVERTRAGLICHE REGELUNGEN

Die Bank und der Kunde stehen nicht nur in einer kreditrechtlichen Verhältnis. Spezielle Verträge werden für die verschiedensten Bankgeschäfte geschlossen. Die AGB sollen generelle, vom dispositiven Recht abweichende oder es ergänzende Regelungen für alle möglichen Bankgeschäfte begründen.²⁹ Die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde erfolgt i.d.R. durch die Eröffnung eines Kontos und den damit verbundenen Einbezug der AGB in das Vertragsverhältnis.³⁰ Die AGB enthalten Bestimmungen unterschiedlicher Art,³¹ die nicht einheitlich Geltung erlangen müssen.³² Die Auslegung der Willenserklärungen zeigt, ob der gemeinsame Parteiwille bezüglich einer AGB auf einen Normenvertrag³³ oder nur auf die rechtliche Ausgestaltung eines einzelnen Vertrages, meist des sogenannten Kontoeröffnungsvertrages, gerichtet ist. Im letzteren Falle gelten die AGB für andere Bankverträge nur, wenn sie von den Parteien jeweils zum Ver-

²⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.312.

²⁷ Vgl. LARENZ II (§ 62 I) 422 f.

²⁸ SCHLUEP SPR VII/2 776.

²⁹ FORSTMOSER AGB 29 m.w.N.

³⁰ THALMANN 130 und 134.

³¹ Ders. 135.

³² Vgl. KLAUSING (FN.16) 86.

³³ Ders. 85 ff.; LARENZ I (§ 7 I) 83 f.

tragsinhalt erhoben werden.³⁴ Durch einen Normenvertrag wird die Geltung der AGB für alle Verträge im Rahmen der Geschäftsbeziehung vereinbart. Den Parteien steht es jedoch frei, durch individuelle Abrede AGB abzuändern oder zu ergänzen.³⁵ Durch den Abschluss eines neuen Vertrages werden bestehende vertragliche Regelungen oft mitbetroffen; deren Modifikation richtet sich nach dem Willen der Parteien.

³⁴ Vgl. FORSTMOSER AGB 34 ff. m.w.N.

³⁵ KRAMER N.210 zu Art. 1 OR; FORSTMOSER Bankverkehr 18.

§ 5 Sicherstellung des Kredites

A KREDITE AUF UNGEDECKTER BASIS

Für Kredite auf ungedeckter Basis haftet der Kreditnehmer persönlich ohne die Haftung ausgeschiedener oder fremder Vermögenswerte oder von Dritten.¹ Die Gewährung von ungedeckten Krediten bedingt i.d.R. ein vertragswesentliches Vertrauen der Bank in die Bonität des Kreditnehmers.² Nebenpflichten wie die Einreichung von Bilanz und Erfolgsrechnung,³ die bestimmte Verwendungsweise des Kredites⁴ oder das Verbot, bei anderen Banken Kredite aufzunehmen,⁵ können wie bei den gedeckten Krediten vereinbart werden. Die Bezeichnung Blankokredit wird im Geschäftsverkehr vermieden, weil dadurch die Aufhebung der Pfandklausel der AGB,⁶ die regelmässig kraft Verweisung Bestandteil des kreditvertraglichen Verhältnisses sind,⁷ vermutet wird.⁸ Gewisse Kredite, z.B. der Diskontkredit, enthalten Sicherheiten, die nicht eigens bestellt werden müssen und nicht als bankmässige Sicherheiten im technischen Sinne gelten.⁹

¹ Siehe vorne § 2 (9) zu den Kreditarten.

² Vgl. dazu SCHAER 58 f. und 14

³ ESCHER 247.

⁴ Ders. 249.

⁵ HAGENMUELLER/DIEPEN (Teil II C 1.4.) 434.

⁶ ZOBL N.432 zu Art. 884 OR; THALMANN 140.

⁷ Vgl. oben.

⁸ ZOBL N.433 zu Art. 884 OR; BGE 41 III 219 f. E.2 zum "ungedeckten" Akzeptkredit.

⁹ GUGGENHEIM (XIV 1.) 120.

B PERSONALSICHERHEITEN

I. Begriff der Personalsicherheit

Durch die Stellung von Personalsicherheiten haften nicht verschiedene Vermögenswerte, sondern Dritte mit ihrem Vermögen.¹⁰ Die Bank kann sich nicht direkt aus ihr reservierten Vermögenswerten für die Nichterfüllung der Schuld des Kreditnehmers befriedigen. Sie hat nur das Versprechen von Dritten, bei Nichterfüllung durch den Kreditnehmer bestimmte Leistungen zu erbringen, und ist auf die Bonität der Dritten angewiesen.¹¹

II. Bürgschaft und Garantie¹²

Die formgebundene Bürgschaft unterliegt weitgehend zwingenden Gesetzesbestimmungen.¹³ Die Bürgschaft ist zur Hauptschuld akzessorisch und mehr oder weniger subsidiär.¹⁴ Die Garantie ist die formlos eingehbare Verpflichtung, subsidiär für einen Erfolg zu haften.¹⁵ Die Sicherstellung eines Kredites durch eine bürgschaftsähnliche Garantie ist heikel, weil eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliegen und sich die Sicherung wegen Nichtbefolgung der zwingenden Bürgschaftsbestimmungen als unwirksam und nichtig erweisen kann.¹⁶ Die Auslegung des Vertrages zwischen der Bank und dem Sicherungsgeber wird auf eine Garantie hinweisen, wenn die Bank erkennbar, aus schützenswerthem Grund, keine akzessorische, sondern eine selbständige Haftung

¹⁰ ALBISETTI/GSELL 57.

¹¹ MUEHL/PETEREIT (N.37) 23 f.

¹² Zur Bürgschaft und zur Garantie vgl. die Ausführungen zum Kautionskredit vorne § 3 E (18 ff.).

¹³ SCYBOZ 353 ff. Die Formerfordernisse sind aber nicht Bestandteil des *ordre public*: BGE 111 II 178 ff. E.3.

¹⁴ Siehe vorne § 3 E III (20).

¹⁵ Siehe vorne § 3 E II 1. (19).

¹⁶ Siehe vorne § 3 E IV (21).

anstrebte. So wenn die Rechtslage in bezug auf das Kreditverhältnis unklar war, der Bürge im Ausland domiziliert ist oder die Bonität des Kreditnehmers stark in Mitleidenschaft gezogen war. Der Schutzgedanke des Bürgschaftsrechtes, der sich in der Vermutung der geringeren Verpflichtung äussert,¹⁷ ist zu relativieren, wenn der Dritte eine erfahrene Geschäftsperson oder gar selbst eine Bank ist, und die Sicherheit im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit, im eigenen Interesse oder entgeltlich leistet.¹⁸ Die gleichen Abgrenzungskriterien gelten für die anderen Verpflichtungsformen, die statt der Bürgschaft gewählt werden.

III. Wechselbürgschaft

Die Wechselbürgschaft begründet gemäss Art. 1022 OR eine selbständige, nicht akzessorische Verpflichtung, die nicht dem Bürgschaftsrecht unterstellt ist.¹⁹ Die m.E. mögliche,²⁰ unzulässige Gesetzesumgehung kann dem gutgläubigen Wechselberechtigten nicht entgegengehalten werden.²¹

IV. Kreditauftrag

Der Dritte beauftragt die Bank, ihrem Kunden Kredit zu gewähren und haftet für dessen Kreditverpflichtungen nach Art. 408 OR wie ein Bürge. Die Haftung des Auftraggebers ist selbständig und nicht

¹⁷ SCHOENENBERGER N.56 zu Art. 492 OR; KLEINER Bankgarantie 75.

¹⁸ BECK N.22 Einleitung; BGE 101 II 325 f. E.1; 81 II 525 ff. E.3 f. BGE 111 II 280 f. relativiert die Bedeutung der Interessenlage des Sicherungsgebers.

¹⁹ GIOVANOLI N.16 zu Art. 492 OR; BGE 96 III 39 E.1; 79 II 80 ff. E.1.

²⁰ ZR 52, 209; a.M. MUEHL/PETEREIT (N.269) 92 und BGE 79 II 82 ff. E.3 f. in Umkehrung von ZR 52, 209.

²¹ Vgl. GIOVANOLI N.16a zu Art. 492 OR; ZR 52, 209.

akzessorisch.²² Wenn der Auftrag die Kreditgewährung bewirken und nicht bloss ihre Sicherstellung sein soll, liegt keine Umgehung des Bürgschaftsrechtes vor;²³ Der Auftraggeber hat ein eigenes Interesse an der Finanzierung des Kreditnehmers.

V. Schuldmitübernahme

Der Dritte tritt selbst in die Schuldnerstellung ein und haftet mit dem Kreditnehmer.²⁴ Das Bürgschaftsrecht wird nicht umgangen, wenn der Erklärungswille des Dritten auf den in seinem Interesse liegenden Eintritt in die gleiche schuldnerische Stellung wie des Kreditnehmers geht.²⁵ Das Eingehen einer Solidarschuld bei der Entstehung der Verpflichtung des Kreditnehmers ist gleich zu beurteilen.²⁶

VI. Patronatserklärung

Die Patronatserklärung ist die Kenntnisnahme, Billigung, Unterstützung von oder Haftungserklärung für die Kreditverbindlichkeiten einer Tochter durch deren Muttergesellschaft.²⁷ Obwohl der Patronatsgeber aus bilanzrechtlichen Gründen keine bilanzwirksame Haftung zugunsten seiner Tochter eingehen will,²⁸ kann die Auslegung der Parteierklärungen trotzdem eine rechtliche Bindung ergeben.²⁹ Wenn der

²² OSER/SCHOENENBERGER N.8 zu Art. 408 OR; GAUTSCHI N.2a ff. zu Art. 408 OR.

²³ Vgl. BECK N.33 Einleitung; GAUTSCHI N.1d zu Art. 408 OR.

²⁴ SCHOENENBERGER N.49 zu Art.492 OR.

²⁵ BUCHER AT (§ 32 III) 531 f.; BGE 101 II 325 f. E.1; vgl. BGE 110 II 341 ff. E.1b, insbes. bb) m.w.N. zur formlos eingeharen Schuldmitübernahme für den Wechselbürgen oder Bürgen.

²⁶ BECK N.31 Einleitung. SCHOENENBERGER N.53 zu Art. 492 OR ist gegen eine zu weite Ausdehnung des zwingenden Bürgschaftsrechts.

²⁷ KLEINER Bankgarantie 117 f.

²⁸ KLEINER Bankgarantie 118.

²⁹ Einschränkung HUBER H. Personalsicherheiten 61.

Parteiwille nur auf die Vermeidung der Aufnahme der Patronatserklärung als Eventualverpflichtung in die Bilanz des Patronatgebers zielt, kann ein rechtswirksames Sicherungsgeschäft dissimuliert sein, weil die Parteien dessen Wirkungen erzeugen wollen.³⁰ Die Patronatserklärung ist Garantie, Kreditauftrag, Schuldmitübernahme, Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten oder eine rechtlich unerhebliche moralische Bindung.³¹

VII. Akkreditiv

Die Sicherstellung durch ein Akkreditiv in Verbindung mit einem Auftrag ist gemäss den Ausführungen zum Kautionskredit möglich.³²

C REALSICHERHEITEN

I. Begriff der Realsicherheit

Die Realsicherheiten geben der Bank ein bestimmtes Haftungssubstrat, woran sie sich unbesehen der Ansprüche von Drittgläubigern des Kreditnehmers halten kann.³³ Soweit die ausgeschiedenen Vermögenswerte für die Sicherstellung der Ansprüche aus der Kreditgewährung genügen, muss der Kreditnehmer grundsätzlich keine Bonität aufweisen. Allerdings wird eine Bank wegen zu erwartender Schwierigkeit

³⁰ ALTENBURGER 23 f.; zur Dissimulation vgl. V.TUHR/PETER (§ 35 III) 293 f.

³¹ ALTENBURGER 19 f. STECHER 72 f. grenzt die "harte" Patronatserklärung als Vertrag "sui generis" (74) vom Garantievertrag ab, welche m.E. beide unter den erweiterten Garantiebegriff fallen (siehe vorne § 3 E II 2. (19 f.)). Nach GUGGENHEIM (XIV 11.) 140 ist die Geltendmachung rechtsverbindlicher Patronatserklärungen schwierig.

³² Siehe vorne § 3 E VI 2 (22 f.).

³³ ALBISETTI u.a. 509.

ten einen schlechten Kunden auch gegen die Stellung von Realsicherheiten nicht gerne kreditieren wollen.

II. Faustpfandrecht

1. Generelles Pfandrecht und AGB

In den AGB der Banken ist eine Pfandklausel enthalten, die der Bank ein generelles Pfandrecht für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen der Bank gegen den Kunden einräumt.³⁴ Ein derart weit umfassendes Pfandrecht verstösst gegen die Schranken der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 27 II ZGB.³⁵ Die Geltung solcher Pfandklauseln wird nach Art. 20 II OR³⁶ auf ein Pfandrecht an den Forderungen, die während und aufgrund der konkreten, absehbaren Geschäftsbeziehung entstehen, reduziert.³⁷ Die Pfandklausel der AGB gilt nicht von vornherein für alle Bankgeschäfte, sondern muss ausdrücklich oder stillschweigend übernommen werden.³⁸ Zusammen mit dem Pfandrecht lässt sich die Bank jeweils das freihändige Verwertungsrecht einräumen.³⁹

³⁴ ZOBL N.406 zu Art. 884 OR.

³⁵ Ders. N.458 zu Art. 884 OR.

³⁶ Ders. N.477 zu Art. 884 OR.

³⁷ Ders. N.459 ff. zu Art. 884 ZGB; BGE 108 II 48 ff. E.2 zum generellen Faust- und Grundpfandrecht; 51 II 273; kritisch auch zum eingeschränkten generellen Pfandrecht WIEGAND Kreditsicherung 298 ff.; vgl. denselben Akzessorietät 45 ff.

³⁸ ZOBL N.441 zu Art. 884 OR ; siehe vorne § 4 D (35 f.).

³⁹ KADERLI Sicherung 37 f.

2. Fahrnispfandrecht

a) Begriff des Fahrnispfandrechts

Das Fahrnispfandrecht ist "das beschränkt dingliche Recht, aufgrund dessen eine fremde, bewegliche Sache oder ein Recht so belastet ist, dass die Erfüllung einer Forderung durch die Befugnis des Gläubigers, den Gegenstand zu verwerten, gesichert wird".⁴⁰ Das Fahrnispfandrecht unterliegt allgemeinen Prinzipien, die im Gesetz aufgeführt oder dem Pfandrechtsbegriff eigen sind.⁴¹

b) Besitzesübergabe

Das Faustpfandprinzip erfordert gemäss Art. 717 I ZGB für die Verpfändung von Waren den Besitzesübergang.⁴² Der Verpfänder darf nicht allein über die Ware faktisch verfügen können,⁴³ andernfalls kein Pfandrecht besteht. Die wegen des gesetzlich zwingenden Faustpfandprinzips oft nicht zu umgehenden praktischen Inkonvenienzen⁴⁴ lassen sich nur vermeiden, wenn für die Waren ein Wertpapier ausgestellt werden kann, und die Verpfändung durch dessen Besitzesübertragung erfolgt.⁴⁵

⁴⁰ ZOBL Syst. Teil N. 149 m.w.N.

⁴¹ Vgl. dazu ZOBL Syst. Teil N. 240 ff.

⁴² Vgl. BGE 55 II 298.

⁴³ OFTINGER/BAER N. 205 f. zu Art. 884 OR.

⁴⁴ Vgl. ALBISETTI u.a. 607; WIEGAND Sicherungsgeschäfte 555 ff.

⁴⁵ Das Faustpfandprinzip wird nur umgangen, wenn beide Parteien diese Absicht haben: BGE 88 II 73.

3. Registerpfandrecht

Als Ausnahme vom Faustpfandprinzip und vom Verbote der Mobiliarhypothek gibt es in bestimmten Fällen die Möglichkeit, eine Mobiliarhypothek zu errichten.⁴⁶ Ein konstitutives Registerpfandrecht kann an Vieh,⁴⁷ Binnenschiffen,⁴⁸ Hochseeschiffen⁴⁹ und Luftfahrzeugen⁵⁰ bestellt werden.⁵¹

4. Irreguläres Pfandrecht

Durch das formlos begründbare pignus irregulare erwirbt der Gläubiger das Eigentum an vertretbaren Sachen, die er in nämlicher Art aufgrund einer obligatorischen Verpflichtung bei Dahinfallen des irregulären Pfandrechtes dem Pfandhalter zurückübereignen muss.⁵² Die Rechtsnatur des pignus irregulare wird unterschiedlich beurteilt.⁵³ Grundsätzlich sind die Vorschriften über das Faustpfand analog anwendbar.⁵⁴ Das irreguläre Pfandrecht als Sicherungsgeschäft ist ein akzessorisches Nebenrecht und kein fiduziarisches Rechtsgeschäft.⁵⁵ Umstritten ist das Verrechnungsrecht mit anderen Forderungen nach Untergang der Pfandforderung.⁵⁶

⁴⁶ ZOBL Syst.Teil N.361.

⁴⁷ Art. 885 ZGB.

⁴⁸ BG über das Schiffsregister vom 28.9.1923/8.10.1971 (Art. 26).

⁴⁹ BG über die Schifffahrt unter Schweizerflagge vom 23.9.1953/14.12.1965 (Art. 37 ff.).

⁵⁰ BG über das Luftfahrzeugbuch vom 7.10.1959.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen ZOBL Syst.Teil N.358 ff. und N.1 ff. zu Art. 885 ZGB.

⁵² Ders. Syst.Teil N.1106, 1148 und 1159 (Der Rückerstattungsanspruch ist nur obligatorischer Natur. Zum Konkurse vgl. N.1161 ff.).

⁵³ Vgl. dazu ZOBL Syst.Teil N.1123.

⁵⁴ OFTINGER/BAER Syst.Teil N.188.

⁵⁵ ZOBL Syst.Teil N.1136.

⁵⁶ Vgl. ZOBL Syst.Teil N.1149 ff.

5. Pfandrecht an Forderungen

Die Verpfändung von übertragbaren Rechten oder Forderungen nach Art. 899 I ZGB gibt dem Pfandgläubiger ein dingliches Recht auf Verwertung.⁵⁷ Während nicht wertpapiermässig verbrieft Rechte und Forderungen mit schriftlichem Pfandvertrag verpfändet werden müssen,⁵⁸ bedarf es für Wertpapiere nur der Uebertragung, bzw. zusätzlich eines Indossamentes oder einer Zession.⁵⁹ Bei den gewöhnlichen Wertpapieren werden die durch sie verkörperten Rechte oder Forderungen,⁶⁰ bei den Wertpapieren die hinter jenen stehende Ware verpfändet.⁶¹ Im Kreditgeschäft der Banken ist es aber üblich, zur Sicherstellung Forderungen nicht zu verpfänden, sondern abzutreten.⁶²

6. Sicherheitshinterlegung

Die Sicherheitshinterlegung ist die Verwahrung von beweglichen Sachen gemäss Art. 472 OR⁶³ durch einen Dritten, der diese aufgrund einer Pfandhalterschaftsvereinbarung⁶⁴ als Pfandhalter⁶⁵ dem Hinterleger erst bei Dahinfallen des akzessorischen Pfandrechtes zurückgeben darf,⁶⁶ oder bei Nichtbefriedigung des Gläubigers die Pfandverwertung

⁵⁷ Zur Rechtsnatur vgl. OFTINGER/BAER N.5 ff. zu Art. 899 ZGB; zur Abgrenzung von Forderungsverpfändung und Zession vgl. BGE 43 II 25 ff. E.2.

⁵⁸ Art. 900 I und III ZGB.

⁵⁹ Art. 901 ZGB; BGE 81 II 340 ff. E.1; 61 II 330.

⁶⁰ OFTINGER/BAER N.3 zu Art. 901 ZGB.

⁶¹ Dies. N.28 zu Art. 902 ZGB.

⁶² ZR 44, 173; zur Zession siehe hinten § 5 C VII (51 ff.).

⁶³ OFTINGER/BAER Syst.Teil N.225; a.M. BAERLOCHER 661.

⁶⁴ ZOBL Syst.Teil N.1225b f.

⁶⁵ Ders. Syst.Teil N.1256.

⁶⁶ Ders. Syst.Teil N.1241 zur Akzessorietät; OFTINGER/BAER Syst.Teil N.215; zur Pfandrechtsnatur ZOBL Syst.Teil N.1238 m.w.N.; BGE 102 Ia 236 f. Das Pfandrecht wird durch Pfandvertrag zwischen Gläubiger und Hinterleger begründet: ZOBL Syst.Teil N.1226.

ermöglichen muss.⁶⁷ Die Rechtsnatur der Sicherheitshinterlegung wird von der h.L. als Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 OR, abweichend davon als Vertrag sui generis qualifiziert.⁶⁸ Die irreguläre Sicherheitshinterlegung bezieht sich auf vertretbare Sachen, die ins Eigentum des Verwahrers übergehen. Die h.L. nimmt hier analog zu Art. 900 ZGB ein Forderungspfandrecht an der Forderung des Hinterlegers gegen den Verwahrer auf Rückerstattung an.⁶⁹ Eine Minderheit tritt für das Vorliegen eines pignus irregulare ein.⁷⁰

III. Retentionsrecht

1. Dingliches Retentionsrecht

Das Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB ist ein gesetzliches, vertraglich nicht begründbares Pfandrecht⁷¹ an fremden, in Konnexität stehenden Sachen oder Wertpapieren im Besitze des Gläubigers. Die Konnexität ist im kaufmännischen Verkehr nicht erforderlich.⁷² Beweisurkunden, wie die Schuldscheine, und einfache Legitimations- oder Präsentationspapiere, wie die meisten Sparhefte, können mangels Wertpapiercharakter nicht retiniert werden.⁷³ Das dingliche Retentionsrecht räumt dem Gläubiger die Stellung eines Faustpfandgläubigers ein⁷⁴ und schützt ihn im Konkurse des Schuldners.

⁶⁷ OFTINGER/BAER Syst.Teil N.203.

⁶⁸ Vgl. dazu dies. Syst.Teil N.214.

⁶⁹ ZOBL Syst.Teil N.1242 m.w.N.

⁷⁰ OFTINGER/BAER Syst.Teil N.216.

⁷¹ Dies. N.14 ff. zu Art. 895 ZGB.

⁷² Dies. N.113 ff. zu Art. 895 ZGB; BGE 86 II 359 ff. E.3 f.; zum kaufmännischen Verkehr vgl. BGE 105 II 193 ff. E.4.

⁷³ OFTINGER/BAER N.29 zu Art. 895 ZGB; vgl. BGE 43 II 765 ff. E.5.

⁷⁴ OFTINGER/BAER N.14, 18 und 143 ff. zu Art. 895 ZGB.

2. Obligatorisches Zurückbehaltungsrecht

Das vereinbarte⁷⁵ oder in Analogie zu Art. 895 ZGB entstandene,⁷⁶ obligatorische Zurückbehaltungsrecht hat keine dingliche Wirkung und wird als nicht konkursbeständig angesehen.⁷⁷ Der Gläubiger kann sein Retentionsrecht im Konkurse des Schuldners zwar nicht verwerthen, doch kann er gegenüber konnexen Ansprüchen der Konkursmasse gegen ihn das Retentionsrecht einredeweise geltend machen.⁷⁸ In diesem Sinne wirkt das obligatorische Retentionsrecht auch im Konkurs.

3. Retentionsrecht und Faustpfand

Die vertragliche Einräumung eines dinglichen Retentionsrechtes scheitert an der fehlenden Konnexität, kann aber entweder ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht, das nicht dem Erfordernis der Konnexität unterworfen ist,⁷⁹ oder durch Konversion ein vertragliches Faustpfandrecht begründen.⁸⁰ In der Bankpraxis wird zur Sicherstellung durch einen speziellen Pfandvertrag oder mittels entsprechender AGB ein Pfandrecht angestrebt.⁸¹

⁷⁵ Dies. N.199 zu Art. 895 ZGB. Die Vereinbarung bezieht sich auf nicht in Konnexität stehende Sachen. Bei Kaufleuten ist das Retentionsrecht nicht dem Erfordernis der Konnexität unterworfen!

⁷⁶ V.TUHR/ESCHER (§ 64 VIII) 68.

⁷⁷ ZOBL Syst.Teil N.340.

⁷⁸ Vgl. BGE 94 II 267 f. E.a, wo Art. 82 OR auf den einseitigen Vertrag analog angewendet wird. Gegen die analoge Anwendung von Art. 82 OR OFTINGER/BAER N.202 zu Art. 895 ZGB. V. TUHR/ESCHER (§ 64 VIII) 67 f. nehmen eine Gesetzeslücke an.

⁷⁹ OFTINGER/BAER N.107 zu Art. 895 ZGB.

⁸⁰ Gegen eine Konversion KADERLI Sicherung 19 f.; vgl. dazu OFTINGER/BAER N.108 zu Art. 895 ZGB m.w.N.

⁸¹ Dies. a.a.O.

IV. Eigentumsvorbehalt

Der durch Registereintrag entstehende, bloss negativ wirkende Eigentumsvorbehalt⁸² nach Art. 715 ZGB ist nach h.L. die Nebenabrede zu einem Veräußerungsgeschäft, dass das Eigentum nicht mit der Tradition, sondern unter der Suspensivbedingung der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners übergeht.⁸³ Der Gläubiger hat bei Ausfall der schuldnerischen Leistung das Wahlrecht, entweder weiterhin die Erfüllung zu verlangen, oder vom Veräußerungsvertrage zurückzutreten und die tradierte Sache zu vindizieren.⁸⁴ Eine Minderheit spricht sich für eine Resolutivbedingung oder ein *accidentale negotii* aus.⁸⁵ Durch die Abtretung der Forderung aus dem Veräußerungsgeschäft geht der zur Forderung akzessorische Eigentumsvorbehalt ipso iure auf den Zedenten, z.B. die finanzierende Bank über,⁸⁶ der sich im Register deklaratorisch eintragen lassen kann.⁸⁷ Die Umgehung des Verbotes der Mobiliarhypothek durch ein simuliertes Veräußerungsgeschäft, oder die Sicherstellung von Forderungen, denen kein Veräußerungsgeschäft zugrundeliegt, durch einen Eigentumsvorbehalt ist unzulässig.⁸⁸ Wird der Leasingvertrag nicht als Gebrauchsüberlassung ohne Eigentumsübergang, sondern als Veräußerungsgeschäft aufgefasst, ist zur Sicherung des Leasinggebers die Eintragung des Eigentumsvorbehaltes notwendig.⁸⁹

⁸² LEEMANN N.39 ff. zu Art. 715 ZGB.

⁸³ Ders. N.5. zu Art. 715 ZGB.

⁸⁴ HAAB/SCHERRER N.98 ff. zu Art. 715/716 ZGB.

⁸⁵ Vgl. dazu dies. N.48 zu Art. 715/716 ZGB und ZOBL N.103 ff. zu Art. 884 ZGB.

⁸⁶ LEEMANN N.69 f. zu Art. 715 ZGB.

⁸⁷ HAAB/SCHERRER N.85 zu Art. 715/716 ZGB.

⁸⁸ ZOBL Syst.Teil N.1707 ff.

⁸⁹ Vgl. zur Kontroverse ZOBL Syst.Teil N.1713 und HAAB/SCHERRER N.147 ff. zu Art. 715/716 ZGB.

V. Grundpfand

Das Grundpfand ist ein beschränkt dingliches, auf Verwertung gehendes Recht an einem Grundstück zwecks Sicherstellung von Forderungen.⁹⁰ Die Grundpfandverschreibung sichert akzessorisch eine beliebige Forderung.⁹¹ Die mit einer Grundpfandverschreibung verbundene, wertpapiermässige Hypothekarobligation genießt, im Gegensatz zu den Grundpfandtiteln Schuldbrief und Gült, keinen öffentlichen Glauben an die Existenz der Grundpfandverschreibung.⁹² Der Schuldbrief enthält gemäss Art. 842 ZGB eine grundpfändlich gesicherte Forderung.⁹³ Wird die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner durch einen Schuldbrief über eine höhere Summe sichergestellt, läuft der Schuldner Gefahr, einem gutgläubigen Erwerber die ganze Schuldbriefsumme zahlen zu müssen.⁹⁴ Andererseits erhöht ein solcher Schuldbrief die Flexibilität von Kreditgewährung und Sicherstellung, können doch damit neue Kredite formlos sichergestellt werden.⁹⁵ Bei der Gült haftet im Gegensatz zu den anderen Grundpfändern niemand persönlich, sondern nur das Grundstück.⁹⁶ Die Grundpfänder können der Bank entweder direkt haften, indem sie Gläubigerin der Grundpfandverschreibung oder Eigentümerin der Grundpfandtitel wird,⁹⁷ oder die Bank nimmt Pfandtitel, meist Eigentübertitel gemäss Art. 859 II ZGB, zu Faustpfand,⁹⁸ worauf grundsätzlich die Regeln des Fahrnispfandrechts anwendbar sind.⁹⁹

⁹⁰ TUOR/SCHNYDER (§ 102 I) 675.

⁹¹ LEEMANN N.3 und 15 zu Art. 824 ZGB.

⁹² Vgl. TUOR/SCHNYDER (§ 103 IV) 707 f.

⁹³ LEEMANN N.2 zu Art. 842 ZGB.

⁹⁴ MUEHL/PETEREIT (N.851 f.) 314 f.

⁹⁵ Vgl. BGE 105 III 127 ff. E.5.

⁹⁶ LEEMANN N.1 f. zu Art. 847 ZGB.

⁹⁷ Vgl. unten.

⁹⁸ Vgl. BAENNINGER bei Albisetti u.a. 323.

⁹⁹ Vgl. dazu OFTINGER/BAER N.118 ff. und 131 ff. zu Art. 901

VI. Sicherungsübereignung

Die Sicherungsübereignung besteht in der fiduziarischen Eigentumsübertragung einer Sache vom Sicherungsgeber auf den Gläubiger. Dieser darf wegen des kausalen pactum fiduciae nur im Rahmen des Sicherungsrechts über die Sache verfügen. Bei Dahinfallen des Sicherungsgrundes ist er zur Rückübertragung der gleichen Sache verpflichtet.¹⁰⁰ Die h.L. qualifiziert das pactum fiduciae als Vertrag sui generis,¹⁰¹ auf den die Bestimmungen über das Faustpfandrecht analog anwendbar sind.¹⁰² Neben den subsidiär geltenden allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts ist das Auftragsrecht nur beschränkt anwendbar.¹⁰³ Wegen des Verbotes der Umgehung des Faustpfandprinzipes gemäss Art. 717 ZGB ist die Besitzesübertragung an der Sache notwendig und ein Besitzeskonstitut unzulässig.¹⁰⁴ Die h.L. verneint die akzessorische Bindung der Eigentumsübertragung u.a. wegen des bloss obligatorischen Anspruches des Sicherungsgebers auf Rücküberweisung.¹⁰⁵ Die Vereinbarung einer Resolutivbedingung hinsichtlich des Eigentumsüberganges bei Untergang der Sicherungsforderung wird

ZGB und TUOR/SCHNYDER (§ 95 III c) 3.) 638 f. In BGE 107 III 133 f. E.4 f. wird die Haftung des von einem Drittpfandgeber verpfändeten Eigentübertitels auf den Wertteil des Grundstückes beschränkt und umfasst nicht die Schuldbrieforderung. Auf die Grundpfandsicherung wird in dieser Arbeit nur nebenbei eingegangen: vgl. hinten § 11 E III 5. (215).

¹⁰⁰ Vgl. OFTINGER/BAER Syst. Teil N.238 ff. und 264. Vgl. BGE 86 II 221 zur Möglichkeit der Sicherungsübereignung von Grundstücken, wobei der Sicherungszweck im öffentlich beurkundeten Vertrag erwähnt sein muss (230 f. E.5).

¹⁰¹ Vgl. OFTINGER/BAER Syst. Teil N.242a.

¹⁰² Vgl. dies. Syst. Teil N.254.

¹⁰³ ZOBL Syst. Teil N.1381 f.; a.M. GAUTSCHI N.45b zu Art. 394 OR.

¹⁰⁴ OFTINGER/BAER Syst. Teil N.236; BGE 78 II 412; zur Zulässigkeit vgl. BGE 72 II 240 f. E.3 und vorne § 5 C II 2. b) (43).

¹⁰⁵ ZOBL Syst. Teil N.1367 ff.; a.M. OFTINGER/BAER Syst. Teil N.259.

nicht vermutet.¹⁰⁶ Im Gegensatz zum Bg¹⁰⁷ ist die h.L. für die analoge Anwendung der *lex commissoria* von Art. 894 ZGB.¹⁰⁸

VII. Sicherungszession

1. Rechtsnatur

Die Zession ist ein schriftlicher Verfügungsvertrag,¹⁰⁹ durch den eine Forderung mit ihren Nebenrechten¹¹⁰ vom Vermögen des Zedenten ins Vermögen des Zessionars übergeht.¹¹¹ Die Beziehung zwischen der Zession als Verfügungsgeschäft und dem Verpflichtungsgeschäft als ihrer *causa* ist umstritten. Die Annahme der abstrakten Natur der Zession lässt diese bei fehlender *causa* nicht dahinfallen und gibt dem Zedenten einen Anspruch auf Rückzession aus ungerechtfertigter Bereicherung.¹¹² Die zunehmende Geltung erlangende Ansicht,¹¹³ die Zession sei kausaler Natur, lässt die Forderung bei fehlender *causa* nicht auf den Zessionar übergehen und gibt dem Zedenten einen Bereicherungsanspruch, wenn der Schuldner dem Zessionar befreiend geleistet hat.¹¹⁴

Die Sicherungszession als fiduziarisches Rechtsgeschäft gibt dem Zessionar eine überschüssende Verfügungsmacht, die er nur im Rahmen des *pactum fiduciae* ausüben darf.¹¹⁵ Wird die Sicherstellung hinfällig oder erzielt der Gläubiger bei der Verwertung der zedierten Forderung

¹⁰⁶ ZOBL Syst. Teil N.1413 ff.

¹⁰⁷ BGE 56 II 449 ff.

¹⁰⁸ OFTINGER/BAER N.21 f. zu Art. 894 ZGB.

¹⁰⁹ Art. 165 I OR.; BUCHER AT (§ 31 III 1. a)) 494 f.

¹¹⁰ Art. 170 I OR.

¹¹¹ V.TUHR/ESCHER (§ 93 II) 330.

¹¹² BUCHER AT (§ 31 III 4.) 501 ff.

¹¹³ Vgl. V.TUHR/ESCHER (§ 93 II FN.41c) 334.

¹¹⁴ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.2239 ff.

¹¹⁵ Zur *fiducia* JAEGGI/GAUCH N.188 ff. zu Art. 18 OR m.w.N.; BERGMAIER 31 f.

einen Ueberschuss, hat der Zedent einen vertraglichen Anspruch auf die Rückzession der Forderung, bzw. auf die Herausgabe des Ueberschusses.¹¹⁶

2. Zessionskredit

Mit der Benützung des i.d.R. kontokorrentmässigen¹¹⁷ Zessionskredites werden laufend Forderungen gegen den Kreditnehmer in den Kontokorrent eingestellt. Der Kontokorrentsaldo entspricht der Kreditrückforderung. Der Kreditnehmer zediert zur Sicherstellung die Forderungen gegen seine Debitoren an die Bank.¹¹⁸ Die Zahlungseingänge der zedierten Forderungen bei der Bank werden ebenfalls in den Kontokorrent eingestellt und bewirken eine entsprechende Reduktion der Kreditrückforderung der Bank gegen den Kreditnehmer.¹¹⁹ In diesem Sinne werden die Forderungen gemäss Art. 172 OR zahlungshalber, d.h. zum Zwecke der Rückzahlung zediert. Weil die Bank zur Festlegung der Kreditlimite¹²⁰ vom Total der jeweils zedierten Forderungen eine Sicherheitsmarge abzieht, handelt es sich m.E. um Zessionen sowohl sicherungs- als auch zahlungshalber. Nach h.L. hingegen bekommt die Zession erst mit dem Zahlungseingang beim Zessionar Zahlungscharakter.¹²¹ Die Zessionsabrede ist wegen des Zahlungszweckes essentieller Bestandteil des Kreditvertrages, bzw. Krediteröffnungsvertrages. Der kontokorrentmässige Zessionskredit ist ein Innominatkontrakt.¹²² Soweit der Sicherungszweck betroffen ist, kann

¹¹⁶ BERGMAIER 69; BGE 71 II 169 f. E.3.

¹¹⁷ Vgl. KLEYLING 22 f.

¹¹⁸ ALBISETTI u.a. 634.

¹¹⁹ KLEYLING 22 f.

¹²⁰ Zur Kreditlimite siehe vorne § 4 A II (30 f.).

¹²¹ ZOBL Syst. Teil N.1546; OFTINGER/BAER Syst. Teil N.312. A.M. KLEYLING 19 ff., der i.d.R. vorab eine Zession zahlungshalber annimmt.

¹²² Zum Kontokorrentkredit siehe vorne § 3 B (11 f.).

Faustpfandrecht analog herangezogen werden.¹²³ In bezug auf den Zahlungszweck ist Art. 172 OR anwendbar.

3. Globalzession

Der Zessionskredit ist meist mit einer Globalzession verbunden, womit alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Kreditnehmers der Bank abgetreten werden.¹²⁴ Die Vorauszession zukünftiger, unbestimmter Forderungen ist nach h.L. und Rechtsprechung zulässig, wenn die Forderungen im Zeitpunkt der Zession bestimmbar und bei ihrer Entstehung bestimmt sind.¹²⁵ Für die Bestimmbarkeit genügt die Eingrenzung des Forderungskreises auf die Debitorenausstände des Geschäftsbetriebes des Kreditnehmers. Eine neuere Meinung verlangt angesichts des Spezialitätsprinzipes die Bestimmtheit der Forderungen schon zum Zeitpunkt der Zession. Demnach könne wohl das Verpflichtungsgeschäft die Zession zukünftiger, unbestimmter Forderungen enthalten; die einzelnen Forderungen müssten aber nach dem Eintritt genügender Spezifizierung einzeln zediert werden.¹²⁶ Wenn die Rechtsprechung die Globalzession nur noch in diesem einschränkenden Sinne zulassen würde, wäre die Kreditsicherung durch Zession dennoch praktisch möglich: Regelmässig eingereichte, unterschriebene Zessionsbordereaus¹²⁷ sind rechtsgenügend für die Gültigkeit der einzelnen Zessionen.¹²⁸ Gegen die Meinung, die Globalzession im herkömmlichen

¹²³ Zur Rechtsanwendung vgl. ZOBL Syst.Teil N.1557 ff.; BGE 57 II 537.

¹²⁴ EMCH/RENZ 283 f.; MUEHL/PETERIT (N.543) 199.

¹²⁵ ZOBL Syst.Teil N.1570 m.w.N.

¹²⁶ BUCHER AT (§ 31 II 3.) 490 ff.; WIEGAND Kreditsicherung 287 ff.; kritisch dazu: ZOBL Syst.Teil N.1672 ff.

¹²⁷ EMCH/RENZ 283 f.

¹²⁸ BUCHER Kreditsicherung 23 f.; BGE 88 II 21 E.1. Vgl. NOBEL 358 ff., insbes. E.b (BGE vom 8.8.1977), wonach Forderungen aufgrund von Debitorenlisten bestimmbar sind.

Sinne sei ein Gewohnheitsrecht,¹²⁹ ist einzuwenden, dass es Banken gibt, die vom Kreditnehmer fortlaufend unterschriebene Zessionsbordereaus verlangen und nach der Summe der zedierten Forderungen die Kreditlimite ausrichten. Die Verbindung der Zessionsbordereaus mit der Ausgestaltung der Kreditgewährung lässt m.E. weder eine Übung noch eine Rechtsüberzeugung entstehen,¹³⁰ die nach dem Willen der Bank und des Kreditnehmers unzweideutig das Verfügungsgeschäft vorwegnehmen. Die genügende Bestimmbarkeit der zu zedierenden Forderungen ist m.E. hier keine Frage der Vertragsfreiheit,¹³¹ sondern eine Frage des Spezialitätsprinzips: Entspricht die Schriftlichkeit der traditio und ist deshalb das Spezialitätsprinzip auf die Zession anwendbar?¹³²

Weil der Globalzession als Kreditsicherung die Kreditleistung der Bank gegenübersteht, verstösst sie nicht gegen das Persönlichkeitsrecht des Zedenten nach Art. 27 ZGB, wenn sie auf Forderungen aus dessen Geschäftstätigkeit und zeitlich auf das Bestehen der Kreditbeziehung, bzw. der Geschäftsverbindung begrenzt ist.¹³³

¹²⁹ Dieser Meinung ZOBL Syst. Teil N. 1673.

¹³⁰ Vgl. DESCHENAUX 102 f. EMCH/RENTZ 286, die die uneingeschränkte Globalzession befürworten, sehen durch nachher vorgenommene Einzelzessionen die Globalverfügung in Frage gestellt.

¹³¹ So ZOBL Syst. Teil N. 1674.

¹³² Vgl. dazu die Kongruenz des Verhältnisses von Verpflichtung und Verfügung bei der Zession und dem Faustpfand (hinten § 11 E III 2. und 3. (205 ff.)).

¹³³ ZOBL Syst. Teil N. 1676 ff.; ZR 43, 242 zur Sicherung von Sauerungsleistungen.

§ 6 Haftung der Bank aus Kreditverhalten

A HAFTUNGSANSPRUECHE DES KREDITNEHMERS

I. Interesse der Parteien am Kreditverhalten

1. Interesse der Bank am fristlosen Kündigungsrecht

Die Bank gewährt Kredit, weil sie ein vertragswesentliches¹ Vertrauen in die Bonität, in die charakterliche Integrität des Kreditnehmers hat.² Die Bank will nicht in zweifelhafte Geschäfte oder in einen für sie mit Unannehmlichkeiten verbundenen Rechtsstreit verwickelt werden, oder einen immer schlechter stehenden Kreditnehmer weiterhin kreditieren. Deshalb will sie die vertragliche Bindung notfalls sofort lösen können. Sie mag ein schützenswertes Interesse daran haben, aus nur bei ihr liegenden Gründen einen Kredit zurückzuziehen. So wenn sie ihre Kreditpolitik ändert oder selbst Liquiditätsprobleme hat. Die Bank will frei sein, eine Geschäftsverbindung, insbesondere eine Kreditbeziehung, aufzuheben. Die fristlose Kündigungsmöglichkeit behält sich die Bank in den AGB, oft auch noch in der kreditvertraglichen Urkunde selbst vor.³

2. Interesse des Kreditnehmers an andauernder Kreditgewährung

Durch die Kündigung eines Kredites kann der Kreditnehmer in ernsthafte Schwierigkeiten geraten. Seine in den AGB oder auch im Kreditvertrag enthaltene, sofortige Rückzahlungspflicht kann der Kre-

¹ SCHINNERER II (I.Kap. A 3. a)) 18.

² Siehe vorne § 1 B I (3 f.) und C I (5 f.); ALBISETTI/-GSELL 38.

³ THALMANN 150; BGE 70 II 213 f.

§ 6 A I 2.

ditnehmer vorerst faktisch verweigern. Die Bank mag ihn betreiben,⁴ doch bis sie ein rechtskräftiges Urteil in den Händen hält,⁵ hat der Schuldner genug Zeit, sich die erforderlichen Geldmittel andersweitig zu beschaffen; jedenfalls wenn er genug kreditwürdig und -fähig ist. Dieser Weg steht dem Schuldner nicht offen, wenn die Bank die Wechselbetreibung einleiten kann.⁶ Schlimmer für den Kreditnehmer ist, dass er die eingeräumte Kreditlimite nicht mehr benützen, illiquid werden und seine Kreditoren nicht mehr befriedigen kann. Die Verweigerung der Kreditbenützung kann den Konkurs nach sich ziehen.

3. Interessengegensatz

Der fristlosen Kündigungsmöglichkeit, wie sie in den AGB statuiert ist, steht das Interesse des Kreditnehmers auf eine kontinuierliche Fremdfinanzierung gegenüber.⁷ Trotz der Geltung der AGB⁸ für die Kreditvereinbarung ist das sogenannte fristlose Kündigungsrecht wie folgt in einem restriktiven Sinn zu verstehen.⁹

II. Kündigungsrecht der Bank

1. Fristlose, ordentliche Kündigung gemäss den AGB

a) Keine Vertragsverletzung des Kreditnehmers

Der Kreditnehmer benützt den Kredit vertragsgemäss. Er stört das kreditvertragliche Vertrauensverhältnis nicht. Eine fristlose Kündigung wäre nach Art. 2 II ZGB rechtsmissbräuchlich, wenn der Kredit-

⁴ Art. 38 SchKG.

⁵ Art. 79 und 83 II SchKG.

⁶ Art. 177 ff. SchKG.

⁷ Vgl. STAUDER Kredit 151.

⁸ Siehe vorne § 4 D (35 f.).

⁹ Vgl. auch BUTSCHER 35 ff.

nehmer in Schwierigkeiten käme.¹⁰ Die Bank handelte widersprüchlich, indem sie das berechnigte Vertrauen ihres Kunden in die erforderliche Kreditgewährung enttäuschte.¹¹ Die Fristlosigkeit widerspricht i.d.R. auch dem Gebot schonender Rechtsausübung, weil die Interessen der Bank meist nicht unmittelbar gefährdet sind.¹² Die Bank muss dem Kreditnehmer eine angemessene Frist ansetzen, um einen neuen Kreditgeber suchen, bzw. die Finanzierungslücke beheben zu können.¹³ Dafür genügen m.E. bei einfacheren Verhältnissen ein bis zwei Wochen.

b) Vertragsverletzung des Kreditnehmers

Der Kreditnehmer handelt in nicht unerheblichem Masse vertrags- bzw. treuwidrig. Treuwidrig ist ein Verhalten, welches das subjektiv vertragswesentliche Vertrauen in die Bonität und vor allem in die Integrität des Kreditnehmers stört.¹⁴ Die Bank darf ihm fristlos kündigen,¹⁵ wenn die Ansetzung einer Frist ihr Nachteile bringen könnte.

¹⁰ GUGGENHEIM (XII 4. b)) 102.

¹¹ Vgl. BUTSCHER 19 f.; MERZ N.402 zu Art. 2 ZGB; CANARIS Kreditkündigung 124 f.

¹² DESCHENAUX 182.

¹³ HASLER 73; CANARIS Bankvertragsrecht (N.1262) 645; STAUDER Kredit 151 f.; HOPT 163. CANARIS Kreditkündigung 113 ff. und 132 f. ist wegen des kreditvertraglichen, besonderen Vertrauensverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen für die Pflicht der Bank, ihren Kredit weiterhin zu gewähren oder gar zu erhöhen. M.E. könnte ein derart weitreichendes Vertrauensverhältnis nur Inhalt eines Gesellschaftsvertrages zwecks Förderung des Kreditnehmers sein (siehe hinten § 11 C III 1. b) (162 f.)).

¹⁴ ESCHER 246; vgl. vorne § 1 C I (5 f.).

¹⁵ Vgl. STAUDER Kredit 151 f.; CANARIS Kreditkündigung 120; KOCH 226; einschränkend HOPT 161 f.

2. Ausserordentliche Kündigung

a) Vertragsverletzung des Kreditnehmers

Durch besondere, stillschweigende oder ausdrückliche Vereinbarung im Kreditvertrag, bzw. Krediteröffnungsvertrag, wird der Kredit auf einen Termin fällig gestellt oder eine Kündigungsfrist verabredet.¹⁶ Die untragbare Verletzung der Vertragspflichten, wozu die Treuepflicht gehört, ist ein wichtiger Grund,¹⁷ der zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt.¹⁸ Wie bei der ordentlichen Kündigung gemäss den AGB darf die Kündigung fristlos erfolgen, wenn der Bank sonst Schaden drohte.¹⁹

Ist der Kreditnehmer nur mit Zins- oder Rückzahlungen im Rückstande, muss die Bank mangels anderer Abrede nach Art. 107 OR vorgehen, um vom Vertrage zurücktreten zu können.²⁰

b) Veränderte Vermögenslage des Kreditnehmers

aa) Verschlechterung der Vermögenslage

Die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers allein ist kein wichtiger Grund zur Kündigung.²¹ Die Bank muss damit rechnen, dass der Kreditnehmer in Schwierigkeiten geraten kann. Sie lässt sich deshalb möglichst ein "fristloses Kündigungsrecht" einräumen.²² Orientiert der Kreditnehmer die Bank allerdings falsch

¹⁶ Zur Abänderung des fristlosen Kündigungsrechtes FORSTMOSER Bankverkehr 18; BGE 70 II 213 f.

¹⁷ GAUCH Dauerverträge 189 f.

¹⁸ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1247 f.) 639 f.

¹⁹ Siehe oben.

²⁰ OSER/SCHOENENBERGER N.7 zu Art. 318 OR; BGE 100 II 349 f.

²¹ AESCHLIMANN 90; vgl. BGE 100 II 349.

²² Siehe vorne § 6 A I 1. (55).

über seine finanzielle Lage, begeht er eine Vertragsverletzung, die ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung ist.²³

bb) Zahlungsunfähigkeit

Die Zahlungsunfähigkeit ist das dauernde Unvermögen des Schuldners, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.²⁴ Die Bank kann noch geschuldete Kreditleistungen nach Art. 316 I OR zurückbehalten und vom Vertrage zurücktreten. Art. 83 II OR ist hier nicht anwendbar, und eine Gefährdung der Bank nicht notwendig.²⁵ Für erbrachte Kreditleistungen hat die Bank das Sicherungs- und das Beendigungsrecht nach Art. 83 II OR.²⁶

III. Schadenersatzpflicht der Bank

1. Zulässige Kündigung

Wenn der Kreditnehmer nach der Kündigung keinen neuen Kreditgeber findet und zahlungsunfähig wird, stellt sich die Frage, ob die Bank ihm gegenüber schadenersatzpflichtig wird.²⁷ Der Schaden aus einer rechtswidrigen, fristlosen Kündigung kann gemäss Art. 97 I OR wegen positiver Vertragsverletzung²⁸ geltend gemacht werden.²⁹ Hingegen ist die Kündigung an sich kein Grund für eine Schadener-

²³ Siehe oben. Art. 316 I OR ist nur bei Zahlungsunfähigkeit anwendbar (OSER/SCHOENENBERGER N.7 zu Art. 318 OR).

²⁴ Vgl. BECKER N.1 f. zu Art. 83 OR.

²⁵ AESCHLIMANN 88; OSER/SCHOENENBERGER N.2 f. zu Art. 316 OR; GAUCH Dauerverträge 104; ders. 102 kritisch zum Wegfall des Erfordernisses der Gefährdung.

²⁶ GAUCH Dauerverträge 104 f.

²⁷ Läuft eine Kündigungsfrist, darf der Kreditnehmer die Kreditlimite bis zur Fälligkeit voll ausnützen (ZR 19, 116; im Widerspruch dazu ZR 15, 64, wonach mit der Kündigung der Bürgschaft diese in dem Masse dahinfällt, als der Saldo reduziert wird, selbst wenn die Kündigungsfrist noch läuft.).

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.1599 ff.

²⁹ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1276) 650.

satzpflicht. Die Bank übernimmt nicht das unternehmerische Risiko.³⁰ Der Kreditnehmer weiss, dass sein Kredit kündbar ist. Es liegt an ihm, dafür zu sorgen, dass seine Position auf dem Kreditmarkt nicht durch ein schlechtes finanzielles Standing oder ein fragwürdiges Geschäftsgebaren geschwächt wird. Es ist sein Risiko, wenn der Kapitalmarkt ausgetrocknet ist, und er trotz vorhandener Bonität keine Kredite mehr bekommt.³¹ Der Bankkredit ist keine Versicherung gegen solche Marktentwicklungen.

2. Rechtsmissbräuchliche Kündigung

Ausnahmsweise ist die Kündigung selbst rechtsmissbräuchlich. Fände der Kreditnehmer aufgrund seiner misslichen finanziellen Lage keinen neuen Kreditgeber, wäre eine andere Finanzierungsform nicht möglich, und hat die Bank im Wissen darum und in der subjektiv vertragswesentlichen Erwartung einer bestimmten Entwicklung des Kreditnehmers Kredit gewährt, darf sie den Kredit nicht aufkündigen, solange die erwartete Entwicklung anhält.³² Man könnte in diesem Falle den Standpunkt vertreten, das regelmässig in der Vertragsurkunde enthaltene fristlose Kündigungsrecht sei in diesem Sinne modifiziert und die Kündigung nicht nur rechtsmissbräuchlich, sondern auch vertragswidrig.

³⁰ Vgl. HERRHAUSEN 359.

³¹ RUEMKER 197; vgl. HOPT 162 f. Nach CANARIS Kreditkündigung 131 f. darf die Bank dem sanierungsbedürftigen Kreditnehmer den sichergestellten Kredit nicht künden. M.E. ist es für die Bank unzumutbar, nicht künden zu dürfen, wenn die Sicherheit auch einer anderen Bank nicht genüge.

³² Vgl. CANARIS Kreditkündigung 127; OBERMUELLER M. 86.

B HAFTUNGSANSPRUECHE VON DRITTLAEBIGERN

I. Interesse der Drittgläubiger

Die endgültige Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers führt bei seinen Drittgläubigern zu Verlusten. Zwischen den Drittgläubigern und der Bank bestehen i.d.R. keine vertraglichen Beziehungen. In Frage stehen vor allem die ausservertragliche Haftung der Bank nach Art. 41 ff. OR, die paulianischen Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG und eventuell die Organhaftung.³³

II. Haftung aus unerlaubter Handlung

1. Schaden, adäquater Kausalzusammenhang

Der Drittgläubiger hat einen Schaden in der Höhe seines nicht befriedigten Anspruches zuzüglich Zinsen und Kosten.³⁴ Der adäquate Kausalzusammenhang verlangt ein Verhalten der Bank, das nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, die Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers herbeizuführen.³⁵ Die Kündigung des Kredites ist die adäquate Ursache der Zahlungsunfähigkeit, wenn die Möglichkeit einer Ersatzfinanzierung des notleidenden Schuldners nicht anzunehmen war. Die andauernde oder noch erhöhte Kreditgewährung ist rechtsgenügend kausal, wenn sie, voraussehbar, mit zur Zahlungsunfähigkeit führt oder den Schaden aus der zu erwartenden Zahlungsunfähigkeit vergrössert. Der redlich erteilte Kredit

³³ Vgl. ausführlich (m.E. zu weitgehend) GUGGENHEIM (XII 4. c)) 104 ff.; rechtsvergleichend SCHOENLE Bankenhaftung.

³⁴ Vgl. OFTINGER Haftpflichtrecht 54 f.

³⁵ Vgl. OFTINGER Haftpflichtrecht 72 f.; BREHM N.121 zu Art. 41 OR; BGE 103 II 244 f. E.b zum adäquaten Kausalzusammenhang.

stützt aber die Liquidität, verhindert die Zahlungsunfähigkeit und bezweckt die Gesundung eines notleidenden Kreditnehmers.

2. Verschulden

Ein Verschulden der Bank nach Art. 41 I OR bedarf der Voraussehbarkeit eines Schadens der Drittgläubiger.³⁶ Im Rahmen üblicher Kreditgeschäfte ist die Bank nicht verpflichtet, ohne besondere Anhaltspunkte weitergehende Abklärungen in bezug auf die finanzielle Lage und die Möglichkeiten des Kreditnehmers vorzunehmen. Auch weitergehende Abklärungen geben oft kein schlüssiges Bild der Chancen des Kreditnehmers. Die Bank gewährt oder kündigt einen Kredit in diesem Falle nicht schuldhaft. Andernfalls läge in jeder wirtschaftlichen Tätigkeit, die bei Dritten einen Vermögensschaden bewirken könnte, ein Verschulden zugrunde.

3. Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit

Die Verletzung des geschriebenen Rechtes macht die Schadenszufügung widerrechtlich.³⁷ Die Widerrechtlichkeit³⁸ und der adäquate Kausalzusammenhang entfallen schon, wenn das normwidrige Verhalten der Bank mit ihren Bestrebungen zusammenfällt, Schaden auf geeignete Weise zu verhüten. Darunter fallen z.B. sinnvolle Sanierungsleistungen.³⁹ Die Widerrechtlichkeit eines Kreditverhaltens wird mit der Schaffung eines gefährlichen Zustandes zu verbinden versucht.⁴⁰ Da-

³⁶ OFTINGER Haftpflichtrecht 148 f.

³⁷ SCHOENLE responsabilité 152 zu Art. 163 und 165 StGB und Art. 725 II und III OR.

³⁸ Vgl. zur Schutznormtheorie OFTINGER Haftpflichtrecht 130 f.; V.TUHR/PETER (§ 46 II 2. FN.59) 415 f.

³⁹ So MERTENS 186 f. zur Unsittlichkeit.

⁴⁰ GUGGENHEIM (XII 4. c)) 104 f.; zum gefährlichen Zustand vgl. OFTINGER Haftpflichtrecht 129.

gegen wird vorgebracht, nur jener gefährliche Zustand sei widerrechtlich, der rechtlich geschützte Güter gefährde. Der Vermögensschaden allein sei nicht geschützt. Die Widerrechtlichkeit bedürfe hier eines absichtlichen Verstosses gegen die guten Sitten gemäss Art. 41 II OR.⁴¹ Nach anderer Ansicht ist das gegen die guten Sitten verstossende Verhalten auch nach Art. 41 I OR widerrechtlich, da es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst.⁴² Im Unterschied zu Art. 41 II OR genügt nach Absatz 1 für das Verschulden Fahrlässigkeit.

4. Kreditverhalten und Widerrechtlichkeit

Sowohl der gefährliche Zustand als auch der Verstoss gegen die guten Sitten machen das Kreditverhalten nicht widerrechtlich. Im Geschäftsverkehr ist niemand generell verpflichtet, im Rahmen der Wahrnehmung der eigenen Interessen auf die Interessen Dritter Rücksicht zu nehmen.⁴³ Die Bank ist frei, "schlechte" Kredite zu vergeben oder trotz absehbaren Drittschadens zu kündigen.⁴⁴ Ihr Eingehen eines unternehmerischen Risikos bringt keine Verkehrssicherungspflicht mit sich.⁴⁵ Im Markt wird kein Vertrauen in die Bonität eines Teilnehmers geschützt. Die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners ist ein von den

⁴¹ SCHOENLE responsabilité 153 f.; vgl. MERZ Widerrechtlichkeit 308 und 311 ff.; V.TUHR/PETER (§ 46 II und III) 408 ff. und 416; BREHM N.52 zu Art. 41 OR.

⁴² GORGE 57 f. Die h.L. und Praxis verlangt eine rechtliche Sonderverbindung: vgl. hinten § 9 C II 1. a) bb) (109 f.).

⁴³ BGE 35 II 440 E.2; 30 II 571 f. E.b; vgl. vorne § 6 B II 2. (62) zur Verschuldensfrage. Die Voraussehbarkeit ist keine Frage der Rechtswidrigkeit.

⁴⁴ A.M. GUGGENHEIM (XII 4. c) cc) 105 ff., der eine, m.E. ausserrechtliche, Schutznorm postuliert, Dritte im Wirtschaftsverkehr nicht zu schädigen.

⁴⁵ MERTENS 177 f.; zur Verkehrssicherungspflicht vgl. OFTINGER Haftpflichtrecht 88 f.

Gläubigern zu tragendes Risiko.⁴⁶ Diese dürfen nicht auf ein Kreditverhalten der Bank in ihrem Interesse vertrauen.⁴⁷ Die Bank haftet gegenüber Dritten nicht aus ihrem Kreditverhalten, ausser sie nimmt absichtlich schädigende Handlungen vor,⁴⁸ hat den Dritten ein bestimmtes Kreditverhalten zugesichert⁴⁹ oder agiert nicht mehr nur als Kreditgeber, sondern als Organ des Kreditnehmers.⁵⁰ Nur in krassen Fällen, wenn die Bank ohne jedes schützenswerte Interesse die Schädigung der Drittgläubiger absehbar herbeiführt, wäre dieses Verhalten aufgrund ungeschriebenen Rechts und wegen des Verstosses gegen die guten Sitten widerrechtlich.⁵¹

III. Haftung aus Vertrag

Verspricht die Bank einem Gläubiger des Kreditnehmers ein bestimmtes Kreditverhalten und besteht zwischen ihr und dem Gläubiger darüber Konsens, geht sie eine vertragliche Bindung ein.⁵² Verletzt die Bank ihre Verpflichtung, muss sie dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden nach Art. 97 OR ersetzen.⁵³

⁴⁶ RUEMKER 199 ff. in Abgrenzung zu MERTENS 184 f.

⁴⁷ RUEMKER 205. SCHOENLE Bankenhaftung 221 f. bejaht eine Aufklärungspflicht der Bank unter engen Voraussetzungen. Vgl. OFTINGER Haftpflichtrecht 150 f.

⁴⁸ Vgl. BGE 80 III 55 f. E.5 zur aktiven Beeinflussung Dritter zu einem sie absehbar schädigenden Verhalten.

⁴⁹ Siehe hinten § 6 B III (64); vgl. OBERMUELLER M. 86 f.

⁵⁰ Siehe hinten § 6 B VI (67) zur Organhaftung.

⁵¹ SCHOENLE responsabilité 150. Vgl. die Ausführungen von MERTENS 180 ff., insbes. 188 ff., zur ausgedehnten Anwendung von § 826 BGB auf die Gläubigerbenachteiligung. Die Absicht sieht er im Eventualvorsatz der Bank aufgrund ihres besonderen Wissens. Die Haftung der Bank wird m.E. vom Anwendungsbereich der actio pauliana erfasst (siehe hinten § 6 B V (65 f.)). Darüber hinaus haftet die Bank nicht nach Art. 41 II OR (a.M. MERTENS und KRUPPA).

⁵² MERTENS 190. KRUPPA 170 f. nimmt eine vertragliche Bindung nur ausnahmsweise an.

⁵³ Die schädigende Falschinformation ist zudem widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR: BGE 80 III 54 ff. E.4 f.; 57 II 85 f.

IV. Schadenersatzansprüche des Kreditnehmers in der Zwangsvollstreckung

Schadenersatzansprüche des betriebenen Schuldners gegen die Bank⁵⁴ werden zur Befriedigung der Gläubiger verwertet.⁵⁵ Wenn die Pfandverwertung umstrittener Forderungen oder deren prozessuale Geltendmachung nicht tunlich ist, können sich die Gläubiger nicht marktfähige Geldforderungen an Zahlung statt oder, generell, Ansprüche ohne Marktwert zahlungshalber abtreten lassen.⁵⁶ Desgleichen können sich die Gläubiger im Konkurse gemäss Art. 260 SchKG die strittigen Ansprüche abtreten lassen, die die Gesamtheit der Gläubiger nicht geltend machen will.⁵⁷

V. Actio pauliana

1. Ueberschuldungspauliana

Die Ueberschuldungspauliana nach Art. 287 SchKG setzt die dem Begünstigten erkennbare Ueberschuldung des Schuldners im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung voraus. Die entlastende Unkenntnis der Ueberschuldung ist vom Begünstigten zu beweisen.⁵⁸ Ein Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt nicht.⁵⁹ Unter dem Pfandrecht von Art. 287 I Ziff. 1 SchKG sind alle möglichen Sicherungen zu verstehen.⁶⁰ Die Anfechtung ist jedoch nicht wirksam, wenn die im Gesetz aufgeführten Rechtshandlungen objektiv den Gläubiger nicht benachteiligen,

⁵⁴ Siehe dazu vorne § 6 A III (59 f.).

⁵⁵ Art. 122 ff. und 252 ff. SchKG.

⁵⁶ Vgl. FRITZSCHE/WALDER (§ 30 N.22 ff.) 427 f.; Art. 131 SchKG.

⁵⁷ FRITZSCHE 167 f.

⁵⁸ Art. 287 II SchKG.

⁵⁹ GAUGLER 120 f.

⁶⁰ FRITZSCHE 281.

vor allem wenn einer Sicherstellung eine Gegenleistung gegenübersteht.⁶¹

2. Absichtspauliana

Die Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, ihn benachteiligende Rechtshandlungen des Schuldners anzufechten. Vorausgesetzt sind eine durch die schuldnerische Handlung hervorgerufene Schadensgefahr und die Erkennbarkeit dieses Umstandes durch den Schuldner und den Begünstigten.⁶² Die Erkennbarkeit des Schadens oder gar dieser selbst entfallen m.E., wenn die Rechtshandlungen im Rahmen ernsthafter Sanierungsbemühungen vorgenommen wurden.⁶³

3. Benachteiligung

Die Ueberschuldungs- und die Absichtspauliana schützen den Gläubiger vor ungerechtfertigter Benachteiligung.⁶⁴ Die Sicherstellung neuer Kredite, die das wirtschaftliche Fortkommen des Schuldners erleichtern oder ihn sanieren sollen, benachteiligt die Gläubiger gerade nicht. Der Sicherheitsleistung steht als Gegenleistung die Kreditgewährung gegenüber. Eine Benachteiligung entfällt.⁶⁵

⁶¹ BGE 74 III 50 f. E.1 f. Kein Anwendungsfall von Art. 287 I SchKG, sondern von Art. 288 SchKG ist die Sicherstellung nach Art. 83 OR; BGE 63 III 153 ff. E.2.

⁶² FRITZSCHE 285 f.; BGE 101 III 94 E.4a; 83 III 82.

⁶³ Vgl. MERZ (ZBJV 90/1954) 168 - BGE 78 III 86 ff. E.2; relativierend BGE 99 III 37.

⁶⁴ BLUMENSTEIN 876, 880 ff. und 886 ff.

⁶⁵ Vgl. BERZ 65 ff. zur Beziehung von Rechtshandlung und Benachteiligung; GAUGLER 106 f.; KRUPPA 53 ff.; BGE 101 III 94 E.4a; 99 III 34 E.4; 53 III 78. Anfechtbar ist aber die Sicherstellung eines neuen Kredites, dessen bestimmter Verwendungszweck die Gläubiger benachteiligt: BGE 33 II 675 ff. E.4.

VI. Organhaftung

Die Bank, die die Geschäftsführung des Kreditnehmers - auch ohne Kundgabe nach aussen - mitbestimmt, ist dessen Organ und kann sich als solches verantwortlich machen.⁶⁶ Dabei ist es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohne Belang, in wessen Interesse ein Bankenvertreter Einfluss nimmt, ob er nur als stimmrechtsloses, stilles Organ wirkt. Entscheidend sei der tatsächliche Einfluss auf die Unternehmungsführung.⁶⁷ Dagegen wird vorgebracht, die Beeinflussung der Geschäftsführung begründe noch keine Organstellung, wenn der Kreditgeber damit nur seine legitimen Interessen verfolge.⁶⁸ Die Gläubiger können die Verantwortlichkeitsansprüche sowohl aus eigenem Rechte nach Art. 756 II OR, als auch als Zessionare von nach Art. 260 SchKG abgetretenen Forderungen der Gesellschaft geltend machen.⁶⁹

VII. Kredit als Beteiligung

Wenn ein wesentlicher Teil der Aufgaben der Unternehmungsführung nicht mehr durch die angestammte Unternehmungsleitung selbstständig wahrgenommen wird, sondern das Placet der Bank notwendig ist, oder diese selbst entscheidet, verlässt sie die Rolle des reinen Kreditgebers; sie tritt faktisch in die Stellung der Unternehmungsleitung. Solange die Bank dies zur Sicherung ihrer Forderungen tut,

⁶⁶ RAESS 115; Art. 754 I OR bei der AG; ausführlich BGE 107 II 349 ff.; 101 Ia 435 ff. E.5. Bank und Kreditnehmer können auch eine einfache Gesellschaft bilden: siehe unten zum Kredit mit Beteiligungscharakter. Zur allgemeinen Haftung aus unerlaubter Handlung siehe vorne § 6 B II (61 ff.).

⁶⁷ BGE 107 II 353 ff. E.5; vgl. SIGG 142 ff.

⁶⁸ Ausführlich FORSTMOSER Organbegriff 144 f. SIGG 152 f. setzt die Gefährdung der Interessen des Kreditgebers voraus. Zur Freiheit der Wahrung der eigenen Interessen vgl. vorne § 6 B II 4. (63 f.).

⁶⁹ FORSTMOSER Verantwortlichkeit (N.92 ff.) 43; BGE 111 II 183 E.a.

sind die Kredite immer noch als Fremdkapital anzusehen.⁷⁰ Dabei besteht jedoch die Gefahr eines Durchgriffes, wenn eine Unternehmung z.B. als AG mit zuwenig Eigenkapital versehen und hauptsächlich mit Bankdarlehen finanziert wird.⁷¹ Die Drittgläubiger hätten dann den Vorteil, dass die "Kredite" nicht kolloziert werden. Die Qualifikation eines Kredites als Beteiligung untermauert auch die Vermutung der Organstellung der Bank.⁷²

Die Ausübung von Funktionen der Unternehmungsleitung ist meistens nicht mit einer offenen Beteiligung an der Unternehmung verbunden. Allerdings kann die Bank sich neben oder anstatt der bisherigen Kreditgewährung offen an der Unternehmung beteiligen.⁷³

⁷⁰ Vgl. HERRHAUSEN 359 f.

⁷¹ EBENROTH 133 f.; ausführlich FORSTMOSER Aktienrecht (§ 1 N.84 ff., insbes. N.129 und 147; vgl. hinten § 7 D I (76).

⁷² Zur Organhaftung siehe oben. Vgl. das Urteil des Kantonsgerichtes Schaffhausen vom 26.3.56 (SJZ 54/1958 42 ff.), wonach der unter einer Einzelfirma auftretende Kreditnehmer und die Bank eine einfache Gesellschaft bilden können, und die Bank einerseits als Gesellschafter verantwortlich ist, andererseits die Kredite zum Gesellschaftsvermögen gehören. Eine einfache Gesellschaft wäre auch zwischen einer Bank und einer Unternehmung in der Form einer juristischen Person möglich.

⁷³ Vgl. SIGG 154 ff.; RAESS 115 f.

2. TEIL KONSORTIALVEREINBARUNGEN

§ 7 Wirtschaftlicher Gegenstand von Konsortialvereinbarungen

A GEGENSTAND DER KREDITBEZIEHUNG

I. Allgemeines

Objekt der hier besprochenen Konsortialvereinbarungen ist die Kreditbeziehung zwischen der einzelnen Bank und der Unternehmung. Der Unternehmung als Kreditnehmerin stehen als Kreditgeber mehrere Banken gegenüber. Zu diesen sind eventuell weitere Grossgläubiger wie die Einrichtungen für die Personalfür- und -vorsorge der betreffenden Unternehmung zu zählen, aus deren Vermögen sie sich günstig finanzieren kann. Die Materie, die im Rahmen einer Kreditbeziehung geregelt wird, lässt sich in die Bereiche Kredit, Sicherstellung und Unternehmungsführung aufteilen.

II. Kredit¹

Der Kredit ist notwendiger Inhalt jeder Kreditbeziehung. Art und Form des Kredites, die Pflichten und die Rechte der Bank müssen bestimmt oder bestimmbar sein. Die Kreditgewährung einer Bank kann mehrere Kredite umfassen, die voneinander unabhängig oder miteinander verbunden sind. Die Bindung liegt meist in einer gemeinsamen Kreditlimite oder einer gemeinsamen Sicherheit. Die Kredite, bzw. die aus ihnen fliessenden Verpflichtungen, hängen dann von einer ihnen gemeinsamen Voraussetzung ab.

¹ Zum Kredit siehe vorne § 3 und 4 (10 ff.).

III. Sicherstellung²

Die Kreditgewährung bedarf an sich nicht der Sicherstellung, doch wird durch diese das Kreditrisiko vermindert oder beseitigt. Die Parteien setzen die Sicherheiten und die Kreditleistungspflichten zueinander in Beziehung. Entweder wird die Höhe der Kreditleistungspflichten der Bank abhängig vom Wert der Sicherheit gemacht, oder der Kreditnehmer muss die Sicherheitsleistung der im voraus bestimmten Kreditleistungspflicht der Bank anpassen. Ein Kredit kann durch eine oder mehrere Sicherheiten gedeckt werden. Umgekehrt ist die Stellung einer Sicherheit für mehrere Kredite möglich.

IV. Unternehmungsführung

Die Bank setzt gewisse Erwartungen in die Bonität des Kreditnehmers und in die Verwendung der Kreditmittel. Sind die Erwartungen Bestandteil des Kreditvertrages, ist der Kreditnehmer an entsprechende Auflagen gebunden. Noch mehr Entscheidungsfreiheit verliert die Unternehmungsleitung, wenn die Bank nach Vertragsschluss - aufgrund vertraglicher Abrede oder der sonst drohenden Kreditkündigung - die Unternehmungsführung beeinflusst. Übt die Bank momentan nur bei einem Kredit Einfluss aus, so werden faktisch doch alle von ihr gewährten Kredite davon betroffen.³

² Zur Sicherstellung siehe vorne § 5 (37 ff.).

³ Zur Unternehmerstellung der Bank siehe vorne § 6 B VI und VII (67 f.).

B INTERESSENLAGE**I. Kreditnehmer****1. Mehrzahl von Banken**

Der Kreditnehmer benötigt zur Erfüllung seiner Finanzierungsbedürfnisse Kredit. Kreditnehmer in bescheidenen finanziellen Verhältnissen werden regelmässig nur eine Bankverbindung aufweisen, über die Kredite laufen. Eine Aufteilung der benötigten Kreditmittel auf mehrere Banken ist für diese uninteressant; die einzelnen Kreditbeziehungen wären für sie zu kostenintensiv und würden keinen Gewinn ab.⁴ Der Kreditnehmer ist in einer stärkeren Position, wenn die Bank an ihm verdient. Der in grösseren finanziellen Verhältnissen sich befindende Kreditnehmer muss abwägen, ob er nur eine Bank wählen soll, was ihm - bei flüssigem Kapitalmarkt - eine stärkere Stellung als gewinnbringender Bankkunde bringt, oder ob er mehrere Banken beanspruchen will. Dies bringt ihm zwar mehr administrative Umtriebe, aber er gerät weniger in Abhängigkeit von einer Bank; er vermag sich, solange der Kapitalmarkt liquid ist, direkt Vorteile aus dem Konkurrenzverhältnis zwischen den Banken verschaffen.⁵ Dieses wirkt indirekt auch gegenüber einer Bank als alleiniger Kreditgeberin; diese muss mit dem teilweisen oder gänzlichen Verlust eines unzufriedenen Kreditnehmers an die Konkurrenz rechnen. Allerdings wird der Kreditnehmer nicht leichthin die Bank wechseln.

⁴ Vgl. SIGG 152.

⁵ Vgl. SIGG 151 f.

2. Konsortium der Banken

Der Kreditnehmer kann sich bei mehreren Banken getrennt Kredit gewähren lassen oder Kredit beanspruchen, wobei die Banken im Rahmen eines Konsortiums mitwirken. Das Konsortium bringt die einzelnen Kreditbeziehungen in eine gegenseitige Abhängigkeit oder gewährt, wirtschaftlich gesehen, selbst Kredit.

Der Kreditnehmer trachtet grundsätzlich danach, seine Fremdfinanzierung jederzeit und rasch sich verändernden Verhältnissen anpassen zu können. Es ist für ihn von Vorteil, Kredithöhe, -art und -form nach seinen Bedürfnissen und die Sicherheiten nach seinen Möglichkeiten richten zu können. Die Mitwirkung eines Konsortiums steht dem entgegen. Eine neue kreditvertragliche Regelung setzt eine Zeit kostende Willensbildung und Einigung unter den Konsorten voraus. Der Kreditnehmer kann ein Konkurrenzverhältnis unter den Banken nicht mehr ausnützen. Interessiert an einem Konsortium ist aber einerseits der finanzielle Not leidende Kreditnehmer. Die Einbindung der Banken in ein Konsortium verhindert das Vorprellen einer Bank und erschwert die Aufkündigung der Kreditmittel. Grosse Unternehmungen andererseits wollen oft für einen abgegrenzten, grösseren Finanzbedarf, vornehmlich für Investitionen, nicht einzelne Kredite bei ihren Bankverbindungen "zusammenflicken", sondern einen Grosskredit mit einem Gesprächspartner, dem Konsortium, bzw. der Konsortialführerin, vereinbaren.

II. Bank

1. Mehrzahl von Banken

Grundsätzlich möchte die Bank ein gewinnbringendes Kreditgeschäft mit niemandem teilen. Die gesetzlichen oder kreditpolitischen internen Grenzen, worin die Bank Ausleihungen an einen einzelnen Kunden tätigt, können aber überschritten werden. Ein Klumpenrisiko soll vermieden werden, indem die Kreditnachfrage einer Unternehmung auf mehrere Banken verteilt wird. Auch wenn es schlecht um die Bonität des Kreditnehmers bestellt ist, möchte die Bank eventuell das Risiko nicht allein tragen. Es dürfte aber schwer fallen, in dieser Situation neue Kreditgeber zu finden. Der bisherige Kreditgeber wird sich alle in Frage kommenden Sicherheiten gegeben lassen haben. Potentielle neue Kreditgeber werden die verbleibende Kreditnachfrage kaum mit ungedeckten Krediten stillen wollen, ausser wenn sie unbedingt am Kreditgeschäft mit dem Kreditnehmer teilhaben möchten und an dessen Gesundung glauben. Ist diese Hoffnung berechtigt, wird der bisherige Kreditgeber wiederum eher das ganze Kreditrisiko tragen wollen, um später allein vom Kreditgeschäft zu profitieren.

2. Konsortium der Banken

a) Kreditnehmer mit Bonität

Voraussetzung für ein Konsortium ist eine Mehrzahl von bestehenden oder potentiellen Kreditgebern. Eine konkurrenzschwache Bank mag an einem Konsortium interessiert sein, das die Quoten der Banken an der Summe der dem Kreditnehmer gewährten Kredite fixiert. Die konkurrenzstarken Banken dagegen werden sich die Möglichkeit offenhalten wollen, ihren Anteil am Kreditgeschäft mit dem Kreditnehmer zu

§ 7 B II 2. a)

vergrössern. Ein Konsortium zur blossen Aufhebung der Konkurrenz wird mangels Einigung kaum gebildet werden. Nützlich ist ein Konsortium, wenn der Kreditnehmer nur eine, unteilbare Sicherheit stellen kann. Beim Grosskredit müssen sich die Banken, unabhängig von der Bonität des Kreditnehmers, zu einem Konsortium zusammenschliessen, um an diesem Kreditgeschäft überhaupt zu partizipieren. Eine einzelne Bank wäre überfordert.⁶

b) Kreditnehmer ohne Bonität

aa) Interessenkonflikt zwischen den Banken

Die Banken mögen nicht mehr unabhängig voneinander Kredit gewähren wollen, falls der Kreditnehmer ein unsicherer Schuldner ist. Hält eine Bank ihren Kredit aufrecht oder stockt sie ihn auf, trägt sie ein erhöhtes Verlustrisiko, wenn andere Banken ihre Kredite sicherstellen, reduzieren oder zurückziehen. Reduziert oder kündigt eine Bank ihren Kredit, bringt dies unter Umständen genauso viel oder noch mehr Nachteile mit sich, falls bei unveränderter oder erhöhter Kreditierung Aussicht auf eine Gesundung des Kreditnehmers besteht. Die Kündigung durch eine Bank kann wie eine Lawine die Kündigung durch die übrigen Banken mit sich ziehen, worauf der Kreditnehmer vollends ruiniert ist. Wenn die anderen Banken nicht kündigen, und der Kreditnehmer wieder erstarkt, hat die kündigende Bank ihren Anteil am Kreditgeschäft verloren.

⁶ Vgl. DOHM 9 f.

bb) Potentieller neuer Kreditgeber

Bei guten Zukunftschancen können sich neue potentielle Kreditgeber veranlasst sehen, Kredit zu gewähren, um ins Geschäft zu kommen. Neue Kreditgeber sind notwendig, wenn die für die Existenz und den Fortbestand des Kreditnehmers erforderlichen Kreditmittel die Möglichkeiten der bisherigen Kreditgeber übersteigen, oder diese die Situation des Kreditnehmers viel pessimistischer einschätzen, als es die neuen Kreditgeber tun.

cc) Politischer Druck

Neben die betriebswirtschaftliche Frage nach der Zukunft eines maroden Kreditnehmers tritt das politische Problem. Wegen des drohenden Verlustes von Arbeitsplätzen stehen die Banken unter dem politischen, öffentlichen Druck, gefährdete Unternehmungen finanziell zu unterstützen.⁷ Ohne berechtigte Aussicht auf eine zukünftig prosperierende Unternehmung ist eine Unterstützung aber sinnlos.

dd) Problemlösung durch Konsortium

Die Bank entscheidet sich, welche Kreditpolitik sie einschlagen will, d.h. ob und wie sie Kredit gewähren will. Sie ist daran interessiert, dass ihre Kreditpolitik nicht von anderen Banken mit einer andersgearteten Kreditpolitik durchkreuzt wird und sie dadurch zu Schaden kommt. Die Banken müssen dafür ihre Kreditpolitik aufeinander abstimmen; sie bilden ein Konsortium. Dieses koordiniert die von den Banken ausgesetzten Kredite, die von ihnen einverlangten Sicherheiten oder die Einflussnahme auf die Unternehmungsführung.

⁷ RAESS 19 ff.

C KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM KREDITBEREICH

Die Koordination kann sich von der gegenseitigen, nur moralischen Bindung über die Vereinheitlichung von neben- oder hauptsächlichen Kreditbedingungen bis zur Gleichschaltung der Kreditbeziehungen erstrecken. Mit zunehmender Regelungsdichte verliert der einzelne Kreditgeber an Eigenständigkeit, bis schliesslich die Kreditbeziehungen nicht mehr nur voneinander abhängig gemacht werden, sondern ein Konsortialkredit zwischen den Banken und dem Kreditnehmer besteht.

D KONSORTIALVEREINBARUNGEN IM NICHTKREDITBEREICH

I. Problemstellung

Eine Unternehmung kann Probleme haben, die durch die Versorgung mit Kreditmitteln nicht oder nur unbefriedigend zu lösen sind. Eine zu tiefe Eigenkapitalquote, eine Unterbilanz und eine Ueberschuldung sind nur durch den Abbau des Fremdkapitals, bzw. die Aufstockung des Eigenkapitals zu beheben. Das Unvermögen der Unternehmungsleitung ruft nach geeigneten Massnahmen, wie die wirksame Kontrolle der Geschäftsführung oder die Einsetzung einer neuen Unternehmungsführung. Wollen der oder die Haupteigentümer sich als Unternehmer zurückziehen und die Unternehmung verkaufen, müssen die Banken eventuell die Uebernahme durch den oder die neuen Unternehmer finanzieren; z.B. übernehmen sie zeitweise einen Teil des Eigenkapitals.

II. Interesse der Bank

Die Bank will am Kreditgeschäft verdienen. Ihr Interesse ist auf die ordnungsgemäße Zins- und Rückzahlung gerichtet. Ein weiteres Motiv ist die Erwartung, mit einem gesunden Kreditnehmer auch in Zukunft gewinnbringend Geschäfte abzuschliessen. Darum stellt die Bank Anforderungen an die Bonität des Kreditnehmers. Wird diesen nicht entsprochen, verlangt sie entsprechende Sicherheiten. Vielleicht will sie Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen, wovon sie sich eine positive Wirkung auf das Gedeihen der Unternehmung verspricht. Sie will soweit tätig werden, als sie sich als Gläubigerin gegen Verluste absichern und eine gewinnbringende Geschäftsverbindung weiterhin pflegen kann.

III. Konsortialzweck

Die über die Funktionen eines Kreditgebers hinaus sich engagierende Bank will sich beim schlechtstehenden Kreditnehmer nicht gern allein einem längerfristigen Risiko aussetzen. Sie sucht sich, wie bei der reinen Kreditgewährung, bei den anderen kreditgebenden Banken abzusichern. Die konsortiale Bindung erstreckt sich auf die Zuweisung von Unternehmerfunktionen, sei es bezüglich der Unternehmungsführung, sei es hinsichtlich einer Beteiligung an der Unternehmung.⁸ Konsortialvereinbarungen der letzteren Art sind nicht mehr Gegenstand des Kreditkonsortiums.

⁸ Zum Problem der Organstellung der Banken und des Beteiligungscharakters von Krediten siehe vorne § 6 B VI und VII (67 f.).

E ZUSAMMENFASSUNG

Durch Konsortialvereinbarungen gehen die Banken untereinander Pflichten ein, die sich auf die Kreditgewährung, die Kreditsicherung oder auf die Beeinflussung der Unternehmungsführung beziehen. Je ausgeprägter die Tendenz zu einer gegenseitigen Bindung ist, desto mehr fließen die einzelnen Kreditbeziehungen zu einem Konsortialkredit zusammen oder übernehmen die Banken gemeinsam Unternehmerfunktionen.

§ 8 Zulässigkeit von Konsortialvereinbarungen

A SCHWEIGEPFLICHT ALS SCHRANKE VON KONSORTIALVEREINBARUNGEN

I. Bankgeheimnis

1. Grundsätze

Das Bankgeheimnis untersagt die Offenbarung von Geheimnissen, die die Bank über ihren Kunden erfahren hat.¹ Es umfasst die geheimen Tatsachen, die der Bank aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit zur Kenntnis kommen² und zu denen die Öffentlichkeit keinen Zugang haben soll.³ Art. 28 ZGB ff. schützen die Persönlichkeit, die Privatsphäre. Die Verletzung dieser Sphäre ist widerrechtlich und führt gemäss Art. 28a III ZGB und Art. 49 OR zur Haftung des Störers.⁴ Treten Bank und Kunde in vorvertragliche oder vertragliche Beziehungen, gilt für die Bank stillschweigend die Verkehrssitte des Bankgeheimnisses.⁵ Bankverträge, auf die Auftragsrecht anwendbar ist, enthalten die Geheimhaltungspflicht als Treuepflicht des Beauftragten gemäss Art. 398 II OR.⁶ Seit 1934 wird die Verletzung des Bankgeheimnisses durch die verwaltungsstrafrechtliche Norm von Art. 47 BankG sanktioniert.⁷

¹ Vgl. JANN 13.

² SCHOENLE secret 178.

³ SCHWAGER 55.

⁴ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE 31 f.; SCHWAGER 13.

⁵ CAPITAINE 97 f.; vgl. SICHTERMANN 62 ff., 111 und 122 f.

⁶ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE 32 f.; HOFSTETTER 84.

⁷ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE 36 f.; vgl. KLEINER Bankgeheimnis 14; zum Straftatbestand LUESCHER 35 ff.

2. Entbindung von der Geheimhaltungspflicht

Der Kunde entbindet die Bank stillschweigend oder ausdrücklich, ganz oder teilweise von der Geheimhaltungspflicht.⁸ Beansprucht der Kunde für seinen Geschäftsverkehr mit beliebigen Dritten die Bank, muss sie die dadurch einem breiteren Personenkreis bekannt gewordenen Tatsachen nicht mehr geheimhalten.⁹ Der Geheimhaltungswille des Kunden fällt dahin.¹⁰

3. Zulässigkeit von Auskünften an Dritte

Die Zulässigkeit von Auskünften, insbesondere Kreditauskünften, der Bank über einen Kunden ist umstritten.¹¹ Das Bankgeheimnis wird nicht verletzt, wenn die Information nicht nur von der Bank, sondern auch von einem anderen, Dritten zu beschaffen wäre.¹² Oft geben die Banken mehr Informationen weiter, als sie z.B. ein Auskunftsbüro vermitteln kann. Die Banken offenbaren Tatsachen oder äussern Werturteile, wozu sie nur die intime Kenntnis der Privatsphäre des Kunden befähigt. Auch für Werturteile muss die Zustimmung des Kunden vorliegen, selbst wenn die Bank im Interesse des Kunden zu handeln glaubt. Das Einverständnis des Kunden darf nicht generell vermutet

⁸ SCHWAGER 72.

⁹ EMCH/RENZ 141.

¹⁰ CAPITAINÉ 104 f.; vgl. SCHWAGER 21 f.

¹¹ CAPITAINÉ 169 f. verlangt die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Kunden. Er vermutet diese schon, wenn der Kunde Drittpersonen die Bankverbindung bekannt gegeben hat. SCHOENLE secret 197 und AUBERT/KERNEN/SCHOENLE 283 f. vermuten die Zustimmung des Kunden zur Abgabe eines Gesamturteils aufgrund eines international anerkannten Brauches und des Vertrauensprinzipes. SCHWAGER 72 verlangt die Ermächtigung im Einzelfall, vorbehaltlich anderer ausdrücklicher Abrede. EMCH/RENZ 141 verlangen grundsätzlich die Zustimmung des Kunden.

¹² AUBERT/KERNEN/SCHOENLE 282 f.; a.M. HUBER O. 39; differenzierend SICHTERMANN 138 f.

werden.¹³ Die Bank vermittelt sonst besser nur Informationen, die sie aus externen, jedermann zugänglichen Quellen erhalten hat.¹⁴

II. Bankgeheimnis und Konsortialgespräche

1. Gegenstand von Konsortialgesprächen

Bei Verhandlungen zwischen den Banken zum Abschlusse von Konsortialvereinbarungen sind den gemeinsamen Kreditnehmer betreffende Tatsachen Gesprächsgegenstand. Ein Teil dieser Tatsachen ist i.d.R. der geheimzuhaltenden Privatsphäre des Kreditnehmers zuzuordnen. Gewisse Geheimnisse werden kaum allen Banken bekannt sein, wie z.B. der Wert von Sicherheiten, die ausgesetzten Kreditlimiten, die gegenwärtigen Beanspruchungen der Kreditlimiten und die Fälligkeiten von Festkrediten.

2. Konsortialgespräche über geheime Tatsachen

a) Interesse des Kreditnehmers

Der Informationsaustausch über geheime Tatsachen liegt im Interesse des Kreditnehmers, wenn die Banken ihm aus einer finanziellen Notlage helfen, und sich diesbezüglich gegenseitig absichern wollen. Andererseits mag der Informationsaustausch gerade zum Schaden des Kreditnehmers gereichen. Zum Beispiel haben Dritte einer Bank Sicherheiten für Kredite des Kunden geleistet. Die Sicherheiten sind zeitlich begrenzt und fallen demnächst dahin. Die Bank erfährt erst von den anderen Banken von der wirklichen Misere des Kreditnehmers. Zwar

¹³ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE 285 f. unterscheiden zwischen dem Gesamturteil über grössere, bekanntere und jenem über kleinere, unbekanntere Unternehmungen.

¹⁴ In der Praxis wird oft eine Kopie der Informationen eines Auskunftsbüros verwendet.

§ 8 A II 2. a)

besteht für diesen Aussicht auf Gesundung, doch die Bank zieht die Kündigung der noch gedeckten Kredite vor, weil der Kreditnehmer keine neuen Sicherheiten offerieren kann. Die anderen Banken hätten ihre Kredite zwecks Sanierung aufrechterhalten, wollen jedoch keinen zusätzlichen Kreditbedarf abdecken und kündigen ihre Kredite. Der Kreditnehmer ist ruiniert.

b) Zustimmung des Kreditnehmers

Die Weitergabe von Geheimnissen bedarf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung des Kreditnehmers. Ohne Genehmigung wissen die Banken nicht, ob der Austausch gegenseitig unbekannter Tatsachen in seinem Interesse erfolgt. Sie müssen damit rechnen, dass die Vermittlung geheimer Tatsachen an eine andere Bank gegen das Interesse des Kreditnehmers verstösst. Sie wissen nicht, ob jene Bank die neuerworbenen Erkenntnisse nicht zum Schaden des Kreditnehmers nutzen wird. Wenn jene Bank unsicher ist, ob der Kreditnehmer weiterhin kreditfähig und -würdig ist, veranlassen sie die mitgeteilten Geheimnisse vielleicht zu einem negativen Kreditentscheid. Eine nachträgliche Genehmigung durch den Kreditnehmer nützt den Banken nur in privatrechtlicher Hinsicht, indem er damit auf die Geltendmachung eventueller Schadenersatzansprüche aus Vertragsverletzung verzichtet.¹⁵ Strafrechtlich können sich die Banken nicht auf einen Rechtfertigungsgrund in Verbindung mit echter Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 422 I OR stützen.¹⁶ Der subjektive Tatbestand verlangt das bewusste Handeln im Interesse des Kreditnehmers. Dessen positives Interesse dürfen die Banken eben nicht vermuten. Die An-

¹⁵ OSER/SCHOENENBERGER N.24 zu Art. 41 OR.

¹⁶ Vgl. dazu SCHULTZ (§ 12 III 4.) 170 f.

nahme einer vorgängigen, stillschweigenden Genehmigung darf nicht ohne Anhaltspunkte getroffen werden. Mit Vorteil vergewissern sich die Banken im voraus der Einwilligung des Kreditnehmers.

3. Konsortialgespräche über nicht geheime Tatsachen

a) Gegenstand der Konsortialgespräche

Gespräche zwischen Banken über einen gemeinsamen Kreditnehmer berühren schon ohne Austausch von Geheimnissen seine Privatsphäre und sein in die Banken gesetztes Vertrauen. Gegenstand solcher Gespräche sind einerseits die allen Gesprächsteilnehmern bekannten Geheimnisse und sonstigen Tatsachen, andererseits die daraus resultierenden Werturteile der Banken über den Kreditnehmer. Die Banken beschränken sich nicht auf die Abgabe allgemeiner Werturteile; die Privatsphäre des Kreditnehmers wird analysiert und diskutiert. Wo dies in seinem Interesse geschieht, kann schlecht von einem Missbrauch seines Vertrauens in die Banken gesprochen werden. Im Gegenteil erfüllen die Banken die in sie gesetzten Hoffnungen, ihm bei seinen Finanzierungsproblemen behilflich zu sein.¹⁷ Entäuscht werden die Hoffnungen und Erwartungen des Kreditnehmers, wenn die Banken hinter seinem Rücken seine Integrität und seine Fähigkeiten diskutieren und zu einem negativen Ergebnis kommen.

¹⁷ SCHWAGER 66 befürwortet eine generelle Pflicht der Bank, sich den Erwartungen des Kunden entsprechend zu verhalten. Eine derartige Verpflichtung besteht m.E. nur beschränkt. Vgl. vorne § 6 A III 1. (59 f.) zum Kündigungsrecht.

b) Zulässigkeit

Die Banken handeln nicht widerrechtlich, wenn die diskutierten Tatsachen nicht geheim und der interessierten Öffentlichkeit zugänglich sind. Der Kreditnehmer und die einzelne Bank stehen grundsätzlich in einem Interessengegensatz, einem Austauschverhältnis. Die Bank ist nicht verpflichtet, für alle Zeiten Kredit zu gewähren. Sie ist befugt, ihre Kredite nach Massgabe der kreditvertraglichen Regelung zu kündigen, bzw. nicht zu erneuern.¹⁸ Dies bedingt für die Bank die Möglichkeit, sich über ihren Kreditnehmer zu informieren und frei ihren Willen zu bilden.¹⁹ Dazu gehört auch die Bildung eines Werturteils innerhalb einer Diskussion über nicht geheime Tatsachen. Der Kreditnehmer muss damit rechnen, dass seine Bank sich bei Dritten über ihn informiert und, unter Wahrung des Bankgeheimnisses, über ihn spricht. Die Bank ist nicht verpflichtet, überhaupt nicht über einen Kunden, einen Kreditnehmer zu sprechen.

III. Schweigepflicht unter Geheimnisträgern

Das Bankgeheimnis schützt den Kunden vor der Offenbarung von Geheimnissen an unwissende Dritte.²⁰ Keine Verletzung des Bankgeheimnisses ist die Diskussion von Geheimnissen, die den Diskussionsbeteiligten als Geheimnisträgern schon bekannt sind. M.E. hat der Kreditnehmer aber einen Anspruch darauf, dass die Bank ihr zur Kenntnis gelangte Geheimnisse nicht gegenüber Dritten erwähnt oder gar mit Dritten diskutiert, selbst wenn diese auch Geheimnisträger sind. Das schützenswerte Interesse des Kreditnehmers erstreckt sich

¹⁸ Siehe vorne § 6 A III 1. (59 f.).

¹⁹ SCHWAGER 60.

²⁰ Siehe vorne § 8 A I 1. (79).

nicht nur auf die Geheimhaltung, sondern auch auf die Nutzungsbeschränkung der Geheimnisse. Die Bank darf Geheimnisse nur für sich selbst verwerten. Der Kreditnehmer zieht die Bank ins Vertrauen und öffnet ihr einen Einblick in seine geheimzuhaltende Privatsphäre. Er gibt einen Teil seiner geheimen Sphäre preis. Dafür besteht auf der Seite des Geheimnisträgers die Pflicht, nicht nur das Geheimnis für sich zu behalten, sondern generell Zurückhaltung in der Verwendung dieses Wissens zu üben. So wie die Persönlichkeit durch das Verbot der Weitergabe von Geheimnissen geschützt wird, verdient sie gleichermassen Schutz davor, dass Geheimnisträger hinter dem Rücken, ohne das Wissen des Geheimnisherrn, dessen Geheimnisse verhandeln.²¹ Rechtsgrundlagen für diese Auffassung sind Art. 28 ZGB und die bankvertragliche Regelung. Der Schutz der Privatsphäre durch Art. 28 ZGB schliesst das Verbot gemeinsamer Erörterung von Geheimnissen durch verschiedene Geheimnisträger mit ein. Obligationenrechtlich ist diese über die Geheimhaltungspflicht hinaus reichende Schweigepflicht stillschweigend Vertragsinhalt aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen der Bank und ihrem Kreditnehmer.²²

IV. Praktische Relevanz der Schweigepflicht

In der Praxis bringt die Diskussion über einen gemeinsamen Kreditnehmer geheime Tatsachen zur Sprache. Die Genehmigung des Kreditnehmers ist deshalb unumgänglich.²³ Sie ist indessen leicht zu beschaffen. Der Kreditnehmer weiss, dass sein Veto eine Bank erst recht misstrauisch machen und an die Auflösung der Kreditbeziehungen

²¹ Vgl. BGE 75 IV 73 ff. E.1 f., wonach der Arzt bestehendes Wissen Dritter um Geheimnisse nicht bestätigen darf.

²² Vgl. LUESCHER 9.

²³ Siehe vorne § 8 A II 2. b) (82 f.).

denken lässt. Mit der Genehmigung sind die Banken immerhin gebunden, nicht von vornherein auf Konsortialvereinbarungen hinzuwirken, die nur zum Schaden des Kreditnehmers reichen.²⁴ Ohne Genehmigung werden die Banken dem Kreditnehmer aus Vertrag schadenersatzpflichtig. Der Schaden, z.B. der Ruin des Kreditnehmers, würde durch eine positive Vertragsverletzung²⁵ nach Art. 98 II OR in der Form nicht genehmigter Gespräche verursacht. Der Geschädigte wird allerdings selten zu seinem Recht kommen. Er müsste beweisen, dass die Banken miteinander über seine Geheimnisse gesprochen haben, und dass dieser Umstand adäquat kausal für den negativen Kreditentscheid einer oder aller Banken war.²⁶ Aber er weiss entweder gar nichts von den Gesprächen, oder er ist darüber nur mündlich orientiert worden. Könnte er trotz Bestreiten der Banken die Tatsache von Gesprächen beweisen, müssten diese nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung wesentliche Ursache²⁷ für den negativen Kreditentscheid sein. Die Banken werden dem entgegenhalten, dass die aus den Gesprächen gewonnen Erkenntnisse nur unbedeutend ihr Verhalten beeinflusst hätten, und der Kreditentscheid auch ohne Gespräche negativ ausgefallen wäre.

²⁴ Siehe dazu hinten § 8 B III 4. b) und c) (90 f.).

²⁵ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.1599 ff.

²⁶ BUCHER AT (§ 20 III 2. a)) 303 f.

²⁷ OFTINGER Haftpflichtrecht 72 f.

B INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN

I. Begriff

Die zwischen den einzelnen Banken und dem Kreditnehmer geltenden kreditvertraglichen Regelungen bleiben bestehen. Die aus ihnen fliessenden Rechte und Pflichten der Banken erfahren keine Aenderung und werden von diesen selbst wahrgenommen. Die Banken gehen untereinander rechtliche²⁸ oder bloss moralische²⁹ Bindungen ein, in bezug auf die Kreditbeziehungen mit dem gemeinsamen Kreditnehmer ein bestimmtes Verhalten zu üben. Die Art und Weise der Ausübung der kreditvertraglichen Rechte und Pflichten durch die Banken wird determiniert.

II. Erfordernis der Zustimmung des Kreditnehmers

Dem Abschluss von indirekten Konsortialvereinbarungen gehen Verhandlungen zwischen den Banken voraus, bei denen Tatsachen aus der geheimzuhaltenden Privatsphäre des Kreditnehmers erörtert werden. Es sind kaum indirekte Konsortialvereinbarungen denkbar, bei denen vorgängig keine Geheimnisse des Kreditnehmers zur Sprache kommen. Ohne die gegenseitige Kenntnis der Sicherstellungen, der Kreditlimiten und -beanspruchungen werden die Banken schwerlich konsortiale Bindungen eingehen. Das gemeinsame Wissen um solche Geheimnisse ist eine Voraussetzung für den Abschluss von indirekten Konsortialvereinbarungen. Weil der Kreditnehmer nicht nur über die Preisgabe, sondern auch über die Nutzung seiner Geheimnisse ver-

²⁸ Siehe hinten § 11 D (165 ff.) zur Gesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.

²⁹ Siehe hinten § 9 (99 ff.) zur rechtsausschliessenden Vereinbarung und § 10 (119 ff.) zum Gentlemen's Agreement.

fügt,³⁰ ist seine Zustimmung für Gespräche über indirekte Konsortialgespräche immer notwendig.³¹

III. Umfang der Zustimmung

1. Problemstellung

Schon bevor die Banken in Konsortialverhandlungen treten, bedürfen sie der Zustimmung des Kreditnehmers.³² Die Frage stellt sich, wie die Zustimmungserklärung des Kreditnehmers ausgelegt werden muss. Will der Kreditnehmer den Banken nur einen Informationsaustausch ermöglichen oder billigt er indirekte Konsortialvereinbarungen?

2. Kreditverhalten ohne Konsortialvereinbarungen

Wenn der Kreditnehmer dem Austausch von Geheimnissen unter den Banken zustimmt, muss er damit rechnen, dass sie zu einem negativen Kreditentscheid kommen, weil sie die Lage des Kreditnehmers pessimistisch beurteilen. Er weiss nicht, ob der Informationsaustausch im Ergebnis ihm nützen oder schaden wird. Die Banken können ihre Kredite beibehalten, aufstocken, reduzieren, kündigen, zusätzliche Sicherheiten verlangen und Anforderungen an die Unternehmungsführung stellen. Die einzelne Bank ist frei, ihre Kreditbeziehung im obenstehenden Sinn zu modifizieren oder aufzuheben.³³ Der Kreditnehmer kann sich deshalb nicht wehren, wenn alle Banken nach dem Informationsaustausch aus eigenem Entschluss gegen seine Interessen handeln. Kommerzielle Kreditgeber, wie die Banken es sind, gewähren nach ähn-

³⁰ Siehe vorne § 8 A III (84 f.).

³¹ Zur Zustimmung eines dritten Sicherungsgebers siehe hinten § 8 C II 2. (93).

³² Siehe vorne § 8 A IV (85 f.).

³³ Siehe vorne § 6 A III 1. (59 f.).

lichen oder gleichen rationalen Kriterien Kredit. Es ist möglich, dass die Banken selbständig, ohne gegenseitige, besondere Absprache, nur im Ergebnis gleich handeln und z.B. alle ihre Kredite zurückziehen.

3. Kreditrestriktionen

Nimmt der Kreditnehmer mit dem Informationsaustausch Änderungen des Kreditverhaltens der Banken in Kauf, darf es ihm m.E. keinen Unterschied machen, ob die Banken nur faktisch sich gleich verhalten oder sich besonders abgesprochen haben. In beiden Fällen wird die Kreditbeziehung gleichermassen beeinflusst. Im Gegenteil, Konsortialvereinbarungen liegen eher in seinem Interesse. Er gestattet den Banken, untereinander Gespräche zu führen und hofft, dadurch zu einem positiven Kreditentscheid beitragen zu können.³⁴ Selbst wenn die Konsortialvereinbarungen zu restriktiveren Kreditbedingungen der einzelnen Banken führen, ist es für den Kreditnehmer wichtiger, überhaupt kreditiert zu werden. Allfällige Erschwernisse nimmt er in Kauf.

4. Kreditkündigung aufgrund von Konsortialvereinbarungen

a) Bedingte Kündigung

Die Banken, die Konsortialgespräche führen, wissen noch nicht, ob sie ihre Kredite aufrechterhalten oder kündigen werden. Diese ungewisse Situation muss dem Kreditnehmer klar sein, wenn er sein Placet zum Austausch seiner Geheimnisse gibt. Schon vor den Gesprächen unter seinen Banken muss der Kreditnehmer mit der Kündigung

³⁴ Zur Interessenlage des Kreditnehmers siehe vorne § 7 B I 2. (72).

rechnen.³⁵ Daran ändert die Tatsache von Konsortialgesprächen nichts. Fraglich ist, ob eine spätere Kündigung der einzelnen Kreditgewährungen aufgrund einer früheren konsortialen Absprache erfolgen darf. Die Banken können z.B. vorerst übereinkommen, ihre Kredite zu verlängern unter der Bedingung einer bestimmten Entwicklung des Kreditnehmers. Tritt keine Verbesserung seiner Situation ein, wollen sie gemeinsam kündigen, damit sich keine Bank durch ein Vorprellen Vorteile verschafft. Wenn der Kreditnehmer die konsortialiter vereinbarte Verlängerung wünscht, muss er auch mit der konsortialiter vereinbarten Kündigung rechnen, weil er keinen Anspruch auf die Fortsetzung der Kreditgewährungen hat.

b) Sofortige Kündigung

Die Konsortialgespräche führen zur sofortigen, konsortialiter vereinbarten Kündigung. Zwar muss der Kreditnehmer in Kauf nehmen, dass die Konsortialgespräche einen für ihn negativen Verlauf nehmen und die einzelnen Kredite gekündigt werden. Doch er rechnet sicher nicht damit, dass die Kredite in einer bewusst konzertierten Aktion zurückgezogen werden. Die Zustimmung des Kreditnehmers erstreckt sich nicht auf Konsortialvereinbarungen, die bloss auf die Kündigung, von Anfang an gegen seine Interessen gerichtet sind. Praktisch ist diese Rechtlage nicht relevant. Wenn die Banken die Lage des Kreditnehmers auch aufgrund der Konsortialgespräche aussichtslos einschätzen und sich zur Kündigung entschliessen, muss dafür kein Konsortium gebildet werden. Dem Kreditnehmer wird kaum der Beweis gelingen, die Konsortialgespräche seien nicht nur Motiv zur zulässigen, rechtlich

³⁵ Siehe vorne § 8 B III 2. (88 f.) und § 6 A III 1. (59 f.).

unabhängigen Kündigung gewesen, sondern hätten in eine konsortiale Verpflichtung zur gemeinsamen Kündigung gemündet.

c) Aufgeschobene Kündigung

Die Banken kommen überein, ihre Kredite zu kündigen. Sie wollen mit der Kündigung noch warten, um ihren Schaden zu vermindern. Es stehen z.B. Rückzahlungen des Kreditschuldners bevor oder Sicherheiten sind noch einverlangbar. Die Bestellung neuer Sicherheiten bringt allerdings konkursrechtliche Probleme mit sich.³⁶ Die Zustimmung des Kreditnehmers ist nicht auf Konsortialvereinbarungen gerichtet, die ihm überhaupt keine Vorteile bringen können. Solche Konsortialvereinbarungen sind vom Kreditnehmer nicht genehmigt, sind jedoch schwer zu beweisen.³⁷

5. Konkurrenzabsprachen

Neben Konsortialvereinbarungen, die die Kreditgewährung überhaupt ermöglichen sollen, sind Abmachungen denkbar, die darüber hinaus die einzelnen Kreditbeziehungen beeinflussen; die Banken schliessen die Konkurrenz untereinander aus. Die Offenbarung von Geheimnissen des Kreditnehmers bildet dazu keine notwendige Grundlage. Die Kreditpolitik (Zinsen, Kommissionen, Margen etc.) kann generell festgelegt werden. Es gibt verschiedenen Bankenkartelle in der Schweiz, die für alle Kreditnehmer die Konditionen vereinheitlichen. Ohne solche Kartelle könnten die Banken derartige Absprachen gegenüber einem bestimmten Kreditnehmer allein treffen. Wird dies aufgrund der Kenntnisse von Geheimnissen des Kreditnehmers getan, müsste hierfür seine

³⁶ Siehe vorne § 6 B V (65 f.) zur *actio pauliana*.

³⁷ Vgl. vorne § 8 A IV (85 f.) zur praktischen Relevanz der Schweigepflicht.

Zustimmung vorliegen. Es wird aber wenig oder keine Kreditbedingungen geben, die nur unter Verwendung der Geheimnisse vereinheitlicht werden können.³⁸

C DIREKT WIRKENDE KONSORTIALVEREINBARUNGEN

I. Begriff

Die Rechte und Pflichten aus den einzelnen Kreditbeziehungen werden, teilweise oder überhaupt, faktisch oder rechtlich, nicht mehr von den einzelnen Banken allein wahrgenommen. Ein Dritter übernimmt Rechte oder erfüllt Pflichten der Bank. Dritter können die Banken gemeinsam als Konsortium, eine einzelne Bank oder eine andere Person sein.³⁹ Dabei wollen die Banken die Bildung von Gesellschaftsvermögen möglichst verhindern.⁴⁰

II. Erfordernis der Zustimmung

1. Kreditnehmer

Die direkt wirkenden Konsortialvereinbarungen gehen noch weiter als die indirekten Konsortialvereinbarungen. Die Zustimmung des Kreditnehmers ist dafür ebenfalls erforderlich.⁴¹ Daraus ergibt sich in der Praxis kaum ein Problem. Direkt wirkende Konsortialvereinbarungen sind Gegenstand der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen,

³⁸ Auf die kartellrechtlichen Probleme wird hier nicht eingegangen.
³⁹ Vgl. dazu hinten § 11 E (188 ff.).

⁴⁰ Vgl. hinten § 11 B II 1. (152) , E II 1. a) (189 f.) und III 1. a) (204).

⁴¹ Siehe vorne § 8 A III (84 f.) und B II (87 f.) zur Schweigepflicht und zur Beschränkung der Handlungsfreiheit der Banken.

bzw. des Konsortialkredites, wozu der Kreditnehmer immer begrüsst wird, und womit sich dieser zumindest stillschweigend einverstanden erklärt.⁴²

2. Sicherungsgeber

Sicherheiten für einen Kredit werden vom Kreditnehmer selbst oder von einem Dritten gestellt. Zwischen dem Dritten und der Bank wird ein Vertrag geschlossen. Die Bank muss die Geheimnisse des Dritten wie diejenigen eines Kunden geheimhalten.⁴³ Geheimnisherr ist der Dritte. Wenn er Sicherheiten zugunsten des Kreditnehmers leistet, ist diese Tatsache von der Kreditbeziehung aus gesehen nicht mehr geheim. Der dritte Sicherungsgeber stellt die damit verbundenen Geheimnisse in den Kontext der Kreditbeziehung. Im Verhältnis von Bank und Kreditnehmer ist die Sicherstellung nicht geheim. Nach aussen, gegenüber anderen Banken, hat der Sicherungsgeber jedoch den Geheimnisschutz nicht aufgegeben. Bevor die Sicherstellung durch den Dritten Gegenstand von Konsortialvereinbarungen sein darf, muss die Einwilligung des Sicherungsgebers vorliegen.⁴⁴

III. Fehlende Zustimmung

Wenn der Kreditnehmer, bzw. der dritte Sicherungsgeber nur generell der Führung von Konsortialgesprächen zugestimmt hat, und sich nicht mindestens stillschweigend mit direkten Konsortialvereinba-

⁴² Vgl. hinten § 11 C I (160), III 1.b) (162 f.), D IX 1. (185 ff.) und E V 2. (221 f.).

⁴³ SCHWAGER 55 und 67; vgl. vorne § 8 A I 1. (79).

⁴⁴ Zum Bankgeheimnis vgl. vorne § 8 A I (79 ff.). Die Bank weiss nicht, welches Interesse der Dritte an der Geheimhaltung hat, ob er z.B. seine Sicherstellung nicht geheim halten will (vgl. vorne § 8 A II 2. (81 ff.) zum Geheimhaltungsinteresse des Kreditnehmers).

rungen einverstanden erklärt hat, ist die Zulässigkeit direkt wirkender Konsortialvereinbarungen wie folgt beschränkt:

1. Sicherungsrechte

Durch Forderungen verkörperte Sicherungsrechte können grundsätzlich ohne die Zustimmung des Schuldners durch Zession übertragen werden.⁴⁵ Die Zession an eine Person, die nicht Geheimnisträger ist, zieht ohne die Zustimmung des debitor cessus, des Geheimnisherrn, die Verletzung des Bankgeheimnisses mit sich.⁴⁶ Die Zession an Geheimnisträger ist wegen der Nutzungsbeschränkung der Geheimnisse ebenso unzulässig.⁴⁷ Die auf ein schriftliches Schuldbekenntnis gestützte, vertragswidrige Zession erzeugt keinen guten Glauben des Zessionars nach Art. 164 II OR. Der Zessionar ist als Konsortialmitglied selbst eine Bank oder eine andere geschäftserfahrene Person, die sich der Tragweite des Bankgeheimnisses bewusst sein müssen. Andere Rechte, vor allem dingliche Rechte, können nur akzessorisch mit einer Hauptforderung durch Zession übertragen werden.⁴⁸ Nicht akzessorische, dingliche Sicherheiten können nicht selbständig übertragen werden.⁴⁹ Ihre Uebertragung bedarf der Mitwirkung des Sicherungsgebers, bzw. des Abschlusses eines neuen Sicherungsvertrages oder der Vertragsübernahme.⁵⁰

⁴⁵ BUCHER AT (§ 31 II 1.) 486 f.; zur Inzessibilität vgl. V.BUEREN AT 322 ff.

⁴⁶ Siehe vorne § 8 A I und II 1. (79 ff.). Relativierend ZR 58, 116 zur Abtretung der Honorarforderung eines Anwaltes: Die Zession ist danach zulässig, wenn das Interesse des Zedenten dasjenige des Schuldners überwiegt.

⁴⁷ Siehe vorne 8 A III (84 f.) und B II (87 f.).

⁴⁸ V.TUHR/ESCHER (§ 95 II) 355 ff.

⁴⁹ Dies. (§ 94 VI) 351 f.; vgl. hinten § 11 E III 1. b) aa) (204 f.).

⁵⁰ Vgl. ZOBL N.78 zu Art. 884 ZGB.

2. Kreditleistungen

a) Persönliche Erfüllung

Der Schuldner ist i.d.R. nicht verpflichtet, persönlich zu erfüllen. Nur wenn es auf seine persönliche Leistung ankommt, die Lage des Gläubigers unzumutbar erschwert wird oder eine besondere entgegenstehende Abrede getroffen wurde, darf die Erfüllung nicht durch einen Dritten geleistet werden.⁵¹

b) Darlehen, Kontokorrentkredit, Diskontkredit

aa) Darlehen

aaa) Darlehen und Kontovertrag

Beim Bankdarlehen erfüllt die Bank in der Praxis durch die Einräumung der Verfügungsmacht über die geliehene Wertsumme.⁵² Die Geltendmachung der Forderung wird vom Kontovertrag und den AGB näher bestimmt.⁵³ Die dem Kreditnehmer aus dem Kontovertrag und den AGB zustehenden Rechte können ihm nicht entzogen werden.

bbb) Erfüllung durch Gutschrift

Die Anerkennung der Forderung des Kreditnehmers auf die Ueberlassung einer Wertsumme durch einen Dritten ist keine Erfüllung. Die Wertsumme muss im Rahmen des Kontovertrages zur Verfügung gestellt werden. Der Kreditnehmer soll nach Massgabe des Kontovertrages über die Wertsumme verfügen können. Die Bank erfüllt deshalb nur, wenn sie das Konto des Kreditnehmers bei ihr erkennt. was einem

⁵¹ V.TUHR/ESCHER (§ 59 I) 23 f.; Art. 68 OR.

⁵² Siehe vorne § 3 A I (10).

⁵³ Siehe vorne § 4 D (35 f.).

Dritten nicht möglich ist. Die Gutschrift durch einen Dritten deckt, in Verbindung mit dem Kontovertrag, den Inhalt des Darlehensvertrages nicht. Die Bank muss die kreditvertragliche Leistung selbst erbringen.⁵⁴

ccc) Erfüllung durch Ueberweisung oder Barzahlung

Nach der Gutschrift der Darlehenssumme ist die Bank immer noch aus dem Kontovertrag verpflichtet. Der Kreditnehmer kann über die Wertsumme verfügen. Die Verpflichtung der Bank, im Rahmen des Kontovertrages die Weisungen des Kreditnehmers zu befolgen, wird konkretisiert und fällig.⁵⁵ Die Erfüllung der konkretisierten Pflichten kann von einem Dritten vorgenommen werden. Die Substitution ist nach den AGB zulässig. Der Kreditnehmer hat es jedoch in der Hand, die Leistungspflichten der Bank als persönliche zu gestalten. Er kann im Rahmen des Kontovertrages bestimmen, dass die Bank persönlich leisten muss, worauf die Leistung durch einen Dritten keine Erfüllung darstellt.⁵⁶ Auch faktisch kann der Kreditnehmer die Leistung durch einen Dritten sinnlos machen, wenn er z.B. als Erfüllungsort einer Barauszahlung die Geschäftsstelle seiner Bank bestimmt.

bb) Kontokorrentkredit

Beim Bankdarlehen fallen die Erfüllung der Darleherschuld durch Gutschrift und die Erfüllung des Kontovertrages auseinander. Beim Kontokorrentkredit konkretisiert der Kreditnehmer durch die Ausübung

⁵⁴ Vgl. SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 3. a) 1. a)) 173 f.; KLEINER AGB 18 f.

⁵⁵ GUGGENHEIM (XX 3.) 234.

⁵⁶ Vgl. CANARIS Bankvertragsrecht (N.1317 und 1319) 679 f. und (N.1120 f.) 629 f. zur Barzahlungspflicht.

seines Gestaltungsrechtes⁵⁷ gleichzeitig die kredit- und kontovertraglichen Leistungspflichten der Bank. Die Erfüllung dieser Leistungspflichten ist grundsätzlich nicht an die persönliche Leistung der Bank gebunden und kann nach denselben Grundsätzen wie beim gutgeschriebenen Darlehen von einem Dritten erbracht werden.⁵⁸

cc) Diskontkredit

In der Praxis wird beim Diskontkredit⁵⁹ der Kaufpreis nicht in bar entrichtet, sondern vorerst dem Konto des Kreditnehmers gutgeschrieben. Die Erfüllung der Leistungspflichten durch einen Dritten beurteilt sich deshalb gleich wie beim Darlehen.⁶⁰

c) Akzeptkredit, Kautionskredit

Beim Akzeptkredit⁶¹ und beim Kautionskredit⁶² leiht der Kreditgeber als Bank seinen Namen. Nur das Akzept einer renommierten Bank auf einem Wechsel macht diesen zum marktfähigen Zahlungsmittel oder diskontfähigen Wertpapier.⁶³ Nur die Garantie- oder Bürgschaftserklärung einer guten Bank erzielt die vom Kreditnehmer gewünschte Wirkung. Deshalb erwartet grundsätzlich der Kreditnehmer erkennbar für die Bank deren persönliche Leistung. Inhalt des Kreditvertrages ist ihre persönliche Leistung, nicht die Leistung eines beliebigen Dritten.⁶⁴ Der Kreditnehmer hat zudem i.d.R. dem Begünstigten seine

⁵⁷ Siehe vorne § 3 B (11 f.) und oben.

⁵⁸ Siehe oben.

⁵⁹ Siehe vorne § 3 D (15 ff.).

⁶⁰ Vgl. CANARIS Bankvertragsrecht (N.1539) 794 in Verbindung mit (N.1220) 629.

⁶¹ Siehe vorne § 3 C (12 ff.).

⁶² Siehe vorne § 3 E (18 ff.).

⁶³ OPPIKOFER 46.

⁶⁴ CANARIS Bankvertragsrecht (N.1107) 575 f. zum Kautionskredit.

§ 8 C III 2. c)

Bank als Akzeptant oder Garant genannt. Selbst die Verpflichtung einer Bank von gleichem Ruf könnte ein schlechtes Licht auf das Geschäftsgebaren des Kreditnehmers werfen. Ohne die Zustimmung des Kreditnehmers ist die Leistung durch einen Dritten keine Erfüllung.

§ 9 Rechtsausschliessende Vereinbarung

A TATBESTAND

I. Geschäftsbeziehung

Zwei oder mehr Banken unterhalten Kreditbeziehungen mit demselben Kreditnehmer. Die Kreditbeziehungen bestehen unabhängig voneinander. Sie sind in keiner Weise rechtlich verbunden. Die Banken wissen um diese verschiedenen, getrennten Kreditbeziehungen und treten deswegen miteinander in Kontakt.

II. Zweck

Die Kreditbeziehungen der einzelnen Banken mit dem Kreditnehmer sollen rechtlich getrennt und unabhängig bleiben. Die Banken wollen sich über ihre Meinungen und eventuell über ihr Kreditverhalten orientieren. Die Intensität dieser Kontakte reicht vom Gespräch mit rudimentärem Inhalt (small - talk) bis zur tatsächlichen Gleichschaltung der rechtlich getrennten Kreditbeziehungen. Die Beziehungen unter den Banken sollen sich ausserhalb der Rechtsordnung abspielen, soweit dies jene gestattet. Die Banken wollen sich rechtlich nicht binden.¹ Vielleicht wollen sie sich gar des ihnen gesetzlich zustehenden Schutzes entäussern.² Jede Bank nimmt in Kauf, dass ihre aus den Kontak-

¹ Die h.L. bezeichnet dies als Gentlemen's Agreement. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Gentlemen's Agreement (rudimentärer) vertraglicher Natur: siehe hinten § 10 D I 3. a) (140 f.).

² Die rechtsausschliessende Vereinbarung wird hier in extremer Ausgestaltung dargelegt und kommt m.E. in der Bankpraxis - anders als das Gentlemen's Agreement (siehe hinten § 10 (119 ff.)) - kaum vor.

ten entstandenen Erwartungen aus einem beliebigen Grund nicht erfüllt werden.

B VERTRAGSAUSSCHLUSS

I. Privatautonomie

1. Rechtsausschliessende Vereinbarung

Das gewollte Nichteingehen von Vertragsbindungen ist Ausdruck der Abschlussfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie.³ Dabei wird i.d.R. vorausgesetzt, dass die Parteien ohne vertragliche Bindungen auch keine besonderen tatsächlichen Verhältnisse eingehen. Dem Vertrag als rechtlicher Ordnung eines tatsächlichen Verhältnisses wird ein fehlendes oder höchstens rudimentäres Verhältnis gegenübergestellt. Die rechtsausschliessende Vereinbarung soll auch Verhältnisse der Rechtsordnung entziehen, die faktisch einem Verträge gleichen.

Innerhalb solcher Verhältnisse erwarten die Banken gegenseitig ein bestimmtes Verhalten. Ihre Leistungen sind die Weitergabe von Informationen oder die Erfüllung der Erwartungen der Banken in das Kreditverhalten.

2. Abschlussfreiheit und tatsächliches Verhältnis

Die Banken einigen sich, ihre Beziehungen einer vertraglichen Ordnung zu entziehen. Durch die verabredete Freiheit vom Recht entsteht ein rechtsfreier Raum.⁴ Dem steht hier die Begrenzung der Privatautonomie durch die Schranken des Persönlichkeits- und Gemein-

³ V. TUHR/PETER (§ 31 I) 247 f. m.w.N.

⁴ Vgl. COMES 19 f.

schaftsschutzes grundsätzlich nicht entgegen.⁵ Die Rechtsentwicklung tendiert wohl zur Einschränkung der Privatautonomie.⁶ Die Verfügung über das eigene Vermögen ist jedoch frei, sofern nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit gefährdet wird.⁷ Dieses Problem stellt sich hier nicht. Im üblichen Kreditgeschäft berührt die Geschäftsbeziehung mit einem Kreditnehmer als Objekt der rechtsausschliessenden Vereinbarung die wirtschaftliche Selbständigkeit einer Bank nicht. Dagegen stellt sich die Frage nach dem Umfang der Privatautonomie. Wenn diese sich nur auf die tatsächliche Gestaltung der Lebensverhältnisse richtete, zöge der Geschäftswille der Banken gegen deren Willen als Rechtsfolge ein Vertragsverhältnis mit sich,⁸ oder das unabhängig vom Parteiwillen begründete Rechtsverhältnis bewirkte eine vertragsähnliche Fürsorgepflicht bei Gefälligkeitsleistungen, wie sie im Verhältnis unter den Banken vorkommen.⁹ Die Abschlussfreiheit - im Sinne der Freiheit rechtsgeschäftlicher Rechtsetzung durch Willensbetätigung¹⁰ - als rechtliche Entscheidungsfreiheit¹¹ würde durch eine bloss tatsächliche Entscheidungsfreiheit ersetzt. Diese bestände in der Freiheit, sich tatsächlich zu betätigen oder nicht. Die tatsächliche Betätigung allein könnte dann ein sogenanntes faktisches Vertragsverhältnis begründen.

⁵ Vgl. OFTINGER Vertragsfreiheit 319; zur Haftung gegenüber Dritten siehe hinten § 9 D (117 f.).

⁶ So schon OFTINGER Vertragsfreiheit 325.

⁷ SCHAFFNER 11 f.; weitgehend BGE 95 II 57 f.

⁸ So WILLOWEIT 103 f.

⁹ ENNECCERUS/NIPPERDEY 898 und ENNECCERUS/LEHMANN 120 f.

¹⁰ BUCHER Normsetzungsbefugnis 59 f.

¹¹ SCHNYDER 54.

II. Abgrenzung zu den faktischen Vertragsverhältnissen

1. Faktische Vertragsverhältnisse

a) Allgemein

Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ist von HAUPT entwickelt worden. Er knüpft Vertragswirkungen nicht nur an übereinstimmenden Willensäußerungen an, sondern auch an Verhältnissen, die den Verträgen gleichkommen. Faktische Vertragsverhältnisse entstehen aus sozialer Leistungsverpflichtung,¹² aus der Einordnung in ein Arbeits- oder Gemeinschaftsverhältnis¹³ oder aus sozialem Kontakt.¹⁴

b) Soziale Leistungsverpflichtung

Der klassische Vertragsbegriff setzt die freie Wahl zum Vertragsschluss und die Möglichkeit, den Vertragsinhalt auszuhandeln, voraus. Bei Massenverträgen ist der Inhalt vorherbestimmt und meist unabänderbar. Dem wirtschaftlich Schwächeren bleibt nur die Freiheit, das Vertragsverhältnis einzugehen oder nicht. Steht er einem Monopol oder einem sich kartellistisch verhaltenden Oligopol gegenüber, und ist er auf die angebotenen Leistungen angewiesen, verliert er jede privatautonome Gestaltungsmöglichkeit.¹⁵ Nach der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen erfolgt die tatsächliche Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen ohne Willenserklärung. Die Annahme einer konkludenten Willenserklärung sei eine Fiktion.¹⁶ Ebenso werde von

¹² HAUPT 21 ff.

¹³ Ders. 16 ff.

¹⁴ Ders. 9 ff.

¹⁵ Ders. 23 f.

¹⁶ Ders. 28 f. Vgl. WESSNER zur Problematik der AGB, der auf die Denaturierung des klassischen, auf der beidseitigen, recht-

der klassischen Lehre eine Willenserklärung fingiert, wenn jemand bewusst, ohne auf einen Vertrag gerichteten Rechtsfolgewillen und erkennbar für die Gegenpartei, eine üblicherweise vertragliche Leistung entgegennehme.¹⁷ Die Inanspruchnahme der angebotenen Leistung begründe nicht einen Vertrag durch stillschweigende übereinstimmende Willensäußerungen, sondern ein vom objektiven Recht mitbestimmtes Rechtsverhältnis, das faktische Vertragsverhältnis.

Die h.L. ordnet die Fälle sozialer Leistungsverpflichtung dem konkludenten Akzept einer Offerte zu.¹⁸ Die tatsächliche Entgegennahme von Leistungen wird nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt.¹⁹ Wenn der Leistungsempfänger ausdrücklich einen Vertragsschluss zurückgewiesen hat, und die Verpflichtung zu einer Gegenleistung als recht und billig erscheint, verweist die h.L. auf die unerlaubte Handlung und die ungerechtfertigte Bereicherung,²⁰ oder nimmt eine vertragsähnliche²¹ oder gesetzliche²² Entgeltspflicht an. Im Unterschied zum faktischen Schuldverhältnis ist Vertragsrecht nicht direkt anwendbar.²³

lichen und tatsächlichen Vertragsfreiheit beruhenden Vertragsbegriffes hinweist (insbes. 178 f., 187 und 191), die Lösung aber in der Missbrauchskontrolle sieht (182 ff.).

¹⁷ HAUPT 7.

¹⁸ Vgl. WESSNER 167 f. und 176 ff. zu den AGB.

¹⁹ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.261 und 560 zu Art. 1 OR; KRAMER N.21 zu Art. 1 OR; ESSER/SCHMIDT (§ 10 I 2.) 133 f.; FLUME Rechtsgeschäft (§ 8 2.) 97 ff.

²⁰ KRAMER N.24 zu Art. 1 OR; ESSER/SCHMIDT (§ 10 I 2.) 134.

²¹ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.562 zu Art. 1 OR.

²² BUCHER AT (§ 16 II 1.) 241 f.

²³ FLUME Rechtsgeschäft (§ 8 2.) 99 nimmt einen gültigen Vertrag an.

c) Faktisches Dauerschuldverhältnis

Das faktische Dauerschuldverhältnis wird von der h.L. im Lichte der fehlerhaften Vertragsentstehung gesehen.²⁴ Die Möglichkeit der vertragslosen Entstehung eines rechtsgültigen, faktischen Dauerschuldverhältnisses wird verneint.²⁵ Allerdings ist dies nicht eine Problematik der Dauerschuldverhältnisse, sondern des faktischen Vertragsverhältnisses kraft sozialen Kontaktes.

d) Sozialer Kontakt

HAUPT behauptet die Möglichkeit der Entstehung eines faktischen Vertragsverhältnisses aus sozialem Kontakt. Er will damit vor allem die Zuordnungsprobleme der vorvertraglichen Beziehungen, insbesondere bei der culpa in contrahendo lösen.²⁶ Im Unterschied zur sozialen Leistungsverpflichtung geht es nicht um Geschäfte des Massenverkehrs oder mit unfreiwilliger Leistung,²⁷ sondern um individuelle tatsächliche Verhältnisse, die wie ein Vertrag abgewickelt werden. Die h.L. hat sich vehement gegen das faktische Vertragsverhältnis aus sozialem Kontakt gewandt.²⁸ Sicher können die Haftungsfragen aus sozialen Kontakten ohne rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen über die unerlaubte Handlung und die ungerechtfertigte Bereicherung gelöst werden. Diese Rechtsbehelfe sollen ja gerade dort zur Anwendung kommen, wo die Parteien keinen Vertrag schlossen. Die Befürworter

²⁴ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.563 zu Art. 1 OR; KRAMER N.241 zu Art. 1 OR; V.STEIGER 311 f.

²⁵ Vgl. HEMMELER 47 ff.; zur Haftung gegenüber Dritten siehe hinten § 9 D (117 f.).

²⁶ HAUPT 9 f.

²⁷ Vgl. vorne § 9 B II 1. b) (102 f.).

²⁸ ESSER 89; FLUME Rechtsgeschäft (§ 8 1.) 97; BYDLINSKI 50 f.; V.STEIGER 311; KRAMER N.238 und 22 zu Art. 1 OR; KUHN hinsichtlich der Haftung aus falscher Auskunft und Raterteilung.

des faktischen Vertragsverhältnisses aus sozialem Kontakt weisen aber auf die Lebensverhältnisse hin, bei denen nicht mehr von einer privatautonomen Rechtsgestaltung gesprochen werden könne.²⁹ Entweder hebe das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Parteien die Möglichkeit der individuellen, freien Rechtsgestaltung auf,³⁰ oder eine schlichte Einigung ohne Rechtsfolgewillen begründe an sich ein tatsächliches Verhältnis wie ein Vertrag, und damit ein faktisches Vertragsverhältnis.³¹ Die von der Rechtsordnung vorgesehene Funktion des Vertrages werde durch die unbillige, rein faktische Regelung eines Lebensverhältnisses ersetzt.³² Wenn die Rechtsordnung solche vertragslosen Lebensverhältnisse regeln soll, könnte der Richter in Anwendung von Art. 1 ZGB den sozialen Kontakt generell oder in bestimmten Fällen als Entstehungsgrund für ein Schuldverhältnis, das faktische Vertragsverhältnis, anerkennen.³³ Die Privatautonomie würde nach dieser Auffassung auf die Freiheit begrenzt, sich tatsächlich zu betätigen oder nicht,³⁴ zumindest falls ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht. Während das Ungleichgewicht eine Einschränkung der Vertragsfreiheit durch die Rechtsfortbildung rechtfertigen mag, besteht dafür bei gleichstarken Parteien überhaupt kein Grund.

²⁹ HAUPT 6 f.

³⁰ Dies trifft für Konsortialvereinbarungen nicht zu: siehe vorne § 9 B I 2. (100 f.).

³¹ Vgl. MAYER-MALY Einigung 521.

³² SIMITIS 85 ff. zum Tatbestand des Ungleichgewichtes zwischen den Parteien. Er anerkennt die faktische Gesellschaft ohne Gesellschaftsvertrag wegen des Verkehrsschutzes (232 ff.).

³³ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.184 Vorbem. vor Art. 1 OR zur Möglichkeit von Entstehungsgründen aufgrund richterlicher Lückenfüllung. A.M. MAYER-MALY Einigung 518 f., der den Vertragsbegriff selbst fortentwickelt; ders. Handlungen 140.

³⁴ Vgl. vorne § 9 B I 2. (100 f.).

2. Vertragsausschluss und faktisches Vertragsverhältnis

a) Fehlen einer sozialen Leistungsverpflichtung

Die rechtsausschliessende Vereinbarung schliesst Leistungen nicht aus.³⁵ Ihr Zweck liegt in der Inanspruchnahme von Leistungen ohne Verpflichtung zu einer Gegenleistung. Dies ist der Wille des Leistenden und des Leistungsempfängers. Das Zustandekommen eines faktischen Vertragsverhältnisses durch soziale Leistungsverpflichtung wird dagegen mit der unfreiwilligen Leistung eines Vertragswilligen begründet.³⁶ Es handelt sich um ein anderes Lebensverhältnis als bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung. Diese ist individuell vereinbart und kein Gegenstand des Massengeschäftes. Die Banken sind gleichberechtigte Partner. Die Möglichkeit privatautonomer Rechtsgestaltung ist gewahrt.

b) Sozialer Kontakt und Privatautonomie

Innerhalb der rechtsausschliessenden Vereinbarung kann ein Lebensverhältnis bestehen, das einem Vertrage faktisch gleichkommt. Das privatautonome Handeln der Banken ist jedoch nicht gefährdet. Es besteht kein unbilliges Spannungsverhältnis zwischen der rechtlichen Qualifikation des faktischen Verhältnisses als vertragslosem Zustand und den Motiven der Parteien.³⁷ Die Normierung der rechtsausschliessenden Vereinbarung als ein Pflichten begründendes, faktisches Vertragsverhältnis ist zwecklos. Die Banken sind hier auf den Schutz der Rechtsordnung nicht angewiesen.³⁸ Gesellschaftliche, soziale Sanktio-

³⁵ Vgl. vorne § 9 A II (99 f.).

³⁶ Vgl. BUCHER AT (§ 16 II 1.) 241 f.

³⁷ Vgl. SIMITIS 90 f.

³⁸ RAISER 115.

nen oder die (bewusste) Inkaufnahme möglichen Schadens ersetzen die Zwangsmittel der Rechtsordnung.³⁹

III. Begründung

1. Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des OR

Verträge werden gemäss Art. 1 OR durch übereinstimmende Willensäusserungen geschlossen. Die Willensäusserung ist auf die rechtliche Gestaltung eines Lebensverhältnisses gerichtet.⁴⁰ Beim bewussten, zulässigen⁴¹ Ausschluss eines Lebensverhältnisses von der Rechtsordnung liegt keine Willenserklärung im Rechtssinne vor, sondern ein bloss tatsächlicher, nicht rechtsgeschäftlicher Wille ohne rechtliche Intention.⁴² Die Regeln über die Vertragsentstehung sind nicht positiv auf die Feststellung der Nichtbindung anwendbar. Sie dienen nur negativ zur Abgrenzung gegenüber dem Vertrag.

2. Auslegung des Parteiwillens

Die rechtsausschliessende Vereinbarung wird in der Praxis kaum schriftlich vereinbart werden. Abgesehen vom ausdrücklich erklärten Vertragsausschluss müssen die Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden.⁴³ Grundsätzlich ist m.E. zu vermuten, dass die rechtliche Intensität eines Lebensverhältnisses der Intensität der tatsächlichen Beziehung entspricht.⁴⁴ Die rechtliche Intensität reicht vom

³⁹ SCHLUEP Unternehmen 398 f. wendet dagegen für die Beendigung faktischer Dauerverhältnisse die Regeln über das faktische Vertragsverhältnis an.

⁴⁰ V.TUHR/PETER (§ 20 VIII) 154; SCHOENENBERGER/JAEGGI N.44 zu Art. 1 OR; FLUME Rechtsgeschäft (§ 4 5.) 52.

⁴¹ Siehe vorne § 9 B I 2. (100 f.).

⁴² FLUME Rechtsgeschäft (§ 7 8.) 92. BAHNTJE 124 und 133 ff. spricht schon hier von einem Gentlemen's Agreement.

⁴³ KRAMER N.37 f. zu Art. 1 OR m.w.N. zum Vertrauensprinzip.

⁴⁴ Vgl. GLOOR 7 f. zur Intensität der Treupflicht.

rechtsordnungslosen Verhältnis⁴⁵ über unvollkommene Obligationen⁴⁶ bis zum Vertrag.⁴⁷ Ein rudimentäres, faktisches Verhältnis, z.B. der mündliche Austausch von Informationen und Werturteilen, bedarf weniger einer rechtlichen Ordnung als kompliziertere Verhältnisse, wie z.B. ein koordiniertes Kreditverhalten. Dort ist eher zu vermuten, dass der Wille auf die Gestaltung eines Lebensverhältnisses rechtliche Intentionen angenommen hat.⁴⁸ Eine mündliche Erklärung, bzw. Vereinbarung, die ohne Verhandlungen erfolgt ist, muss nicht zu einem Vertrag führen. Wenn Banken folgenrechtliche Erklärungen en passant abgeben, ist die Rechtsunverbindlichkeit zu vermuten. Auf den rechtsgeschäftlichen Charakter beiläufiger Erklärungen darf der Empfänger nicht vertrauen. Er muss wissen, dass solche Erklärungen Bestandteil einer rechtsunverbindlichen Vereinbarung sein können. Die rechtliche Verpflichtung der Bank aus Konsortialvereinbarungen erfordert ein der Wichtigkeit angemessenes, die Rechtsverbindlichkeit bestätigendes äusserliches Verhalten.⁴⁹

C RECHTSVERZICHT

I. Allgemein

Selbst wenn die Banken keinen Vertrag geschlossen haben, können aus dem faktischen Verhältnis gesetzliche Schuldverhältnisse entstehen. Die Banken schliessen nun vielleicht nicht nur eine vertragli-

⁴⁵ REUSS 494 ff.

⁴⁶ Ders. 500 ff.

⁴⁷ Vgl. REUSS 515 ff. zu den nicht voll wirksamen Verträgen.

⁴⁸ WILLOWEIT 100 ff. (insbes. 104) ist gegen die privatautonome Gestaltung der Intensität einer rechtlichen Bindung.

⁴⁹ Vgl. JAEGGI/GAUCH N.357 f. und 364 zu Art. 18 OR; vgl. hinten § 10 C II 1. a) (132 f.).

che Regelung aus, sondern auch die Rechte, die ihnen gesetzlich, ohne rechtsgeschäftlichen Willen zukommen könnten.⁵⁰ Ueber diese Rechte können die Banken im Rahmen ihrer Privatautonomie verfügen.⁵¹

II. Schuldverhältnisse

1. Unerlaubte Handlungen

a) Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit

aa) Widerrechtlichkeit im allgemeinen

Das faktische Verhältnis wird durch keine besonderen, geschriebenen Verhaltensnormen geschützt.⁵² Die Widerrechtlichkeit muss in der Verletzung der Verhaltensnormen ungeschriebener oder geschriebener Rechtsprinzipien liegen. Anstelle der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 I OR kann auch der Verstoss gegen eine sittliche Pflicht nach Art. 41 II OR die Haftung begründen.

bb) Verhalten nach Treu und Glauben

Nach h.L. und Praxis kommt Art. 2 ZGB nur bei rechtlichen Sonderbeziehungen zur Anwendung.⁵³ Andere verneinen das Erfordernis einer Sonderverbindung⁵⁴ und verstehen das Verhalten nach Treu

⁵⁰ KRAMER N.125 und 127 Einleitung. Zur ausservertraglichen Haftung bei der Raterteilung vgl. PFLUGER 32 ff. und hinten § 10 D II (144 f.).

⁵¹ Siehe vorne § 9 B I 2. (100 f.) und hinten § 9 C II 1. b) (111) und IV (115 f.).

⁵² Vgl. DESAX 14 ff.

⁵³ MERZ N.34 und 84 f. zu Art. 2 ZGB; HUECK 10 f.; DESCHENAUX 146; BREHM N.43 zu Art. 41 OR; BGE 108 II 311 E.b (Dieser Entscheid schliesst die Anwendung von Art. 2 ZGB in eng umgrenzten Ausnahmefällen nicht aus.).

⁵⁴ DESAX 42.

§ 9 C II 1. a)

und Glauben als Verhaltensnorm, die als Rechtsprinzip im Haftpflichtrecht allgemein gilt.⁵⁵ Wird Art. 2 ZGB die selbständige, haftungsbegründende Normqualität abgesprochen und gibt es keine andere, von der Rechtsordnung aufgestellte Verhaltensnorm, mag eine Schädigung innerhalb des faktischen Verhältnisses als Verstoss gegen die guten Sitten gemäss Art. 41 II OR qualifiziert werden, wobei absichtliches Handeln notwendig ist.⁵⁶

cc) Bedeutung des Vertragsausschlusses

Das Vermögen ist nicht schlechthin geschützt.⁵⁷ Die geschädigte Bank muss ein berechtigtes Vertrauen⁵⁸ in eine korrekte Verhaltensweise der schädigenden Bank gehabt haben. Der Verzicht auf vertragliche Bindungen erweckt in dessen Umfang kein berechtigtes Vertrauen.⁵⁹ Aus dem faktischen Verhältnis entstehen keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung, soweit die Tatbestände, die die Haftung zu begründen vermöchten, Gegenstand des Vertragsausschlusses sind. Ohne weitergehenden Rechtsverzicht fallen nur die absichtliche Schädigung, die willentliche Ausnutzung des faktischen Verhältnisses nicht in den Bereich des Vertragsausschlusses.⁶⁰ Weil eine solche verwerfliche Handlungsweise immer den Tatbestand des Verstosses gegen die guten Sitten gemäss Art. 41 II OR erfüllt, spielen der Anwendungsbereich

⁵⁵ KELLER/GABI 39 f.; OFTINGER Haftpflichtrecht 130. MUELLER A. 36 ff. ist gegen das Erfordernis einer rechtlichen Sonderverbindung, verlangt aber die Erkennbarkeit der Verhaltenspflicht und wendet ohne Sonderverbindung Art. 41 II OR an (68).

⁵⁶ MUELLER A. 68.

⁵⁷ MERZ Widerrechtlichkeit 308; V.BUEREN AT 262; vgl. vorne § 6 B II 3. (62 f.).

⁵⁸ ZELLER 258 f.; vgl. KUHN 353 zur Auskunft und zum Rat.

⁵⁹ CANARIS Vertrauenshaftung 352 f. und 495; siehe unten.

⁶⁰ Siehe hinten § 9 C IV 1. (115 f.).

von Art. 2 ZGB bzw. die Erfordernisse der Sonderverbindung keine Rolle.⁶¹

b) Einwilligung des Verletzten und Handeln auf eigene Gefahr

Die vorgängige Einwilligung des Verletzten schliesst die Widerrechtlichkeit aus.⁶² Durch das Eingehen eines faktischen Vertragsverhältnisses nehmen die Banken das erlaubte Risiko eines Vermögensschadens durch das Handeln der Gegenseite auf sich.⁶³ Das Eingehen eines faktischen Vertragsverhältnisses kann als Handeln auf eigene Gefahr gesehen werden, das als qualifiziertes Selbstverschulden die Schadenersatzpflicht ganz entfallen lässt.⁶⁴ Mit dem Vertragsabschluss ist die Einwilligung zu entsprechenden Verletzungen verbunden.⁶⁵ Die Einwilligung ist rechtmässig. Der Persönlichkeitsschutz als ihre Schranke greift nicht.⁶⁶ Auf vermögensrechtliche Güter, die nur durch Rechtsnormen wie das Verhalten nach Treu und Glauben oder nach den guten Sitten geschützt sind, kann hier verzichtet werden. Dem bedrohten Gut, dem Vermögen, steht die für die Banken sinnvolle, umfassende Handlungsfreiheit ohne Beeinträchtigung eines unverzichtbaren Gutes gegenüber.⁶⁷ Art. 20 I OR kommt aufgrund dieser Interessenabwägung nicht zur Anwendung. Die Einwilligung ist nicht unsittlich.⁶⁸

⁶¹ Vgl. BREHM N.52 zu Art. 41 OR. BGE 80 III 54 f. E.4 und 57 II 85 f. qualifizieren die irreführende Information als widerrechtlich im Sinne von Art. 41 I OR.

⁶² V.TUHR/PETER (§ 46 IV 3.) 419.

⁶³ KELLER 71.

⁶⁴ OFTINGER Haftpflichtrecht 160 f. und (FN.37) 134.

⁶⁵ Vgl. FLUME Rechtsgeschäft (§ 7 6.) 88 ff. zur Gefälligkeitsfahrt.

⁶⁶ Siehe vorne § 9 B I 2. (100 f.).

⁶⁷ OSER/SCHOENENBERGER N.21 f. zu Art. 41 OR.

⁶⁸ THOMMEN 48 f. und 52 f.; KELLER/GABI 48 f.; DESCHENAUX 154 f. zum Ausschluss von Art. 2 II ZGB; a.M. MUELLER A. 42 f.

§ 9 C II 2.

2. Ungerechtfertigte Bereicherung

a) Allgemein

Eine Bank wendet einer anderen Bank im Rahmen des faktischen, rechtsunverbindlichen Verhältnisses Vermögen zu, z.B. wegen besonderer Bemühungen des Leistungsempfängers, besonderen Abreden über Verlust- und Kostentragung oder, wenn es Streitigkeiten gegeben hat, aus Gefälligkeit ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Im letzteren Falle handelt es sich nicht um einen Vergleichsvertrag, weil die Banken ihr Verhältnis in allen Bereichen ausserhalb der Rechtsordnung regeln wollen.⁶⁹

b) Einseitige Leistung

aa) Art. 63 I OR

Die bewusst innerhalb des faktischen Verhältnisses erbrachte Zuwendung ist vorab freiwillig und irrtumsfrei geleistet worden. Die Rückforderung ist gemäss Art. 63 I OR grundsätzlich ausgeschlossen.

bb) Art. 63 II OR

Ist die Zuwendung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet worden, entfällt die Rückforderbarkeit nach Art. 63 II OR unabhängig von der Irrtumsfreiheit und der Freiwilligkeit bezüglich der Leistung. Sittliche Pflichten sind nach der materiellen Rechtslage nicht geschuldet, aber erfüllbar.⁷⁰ Der Rechtsgrund der Leistung in Erfüllung einer

⁶⁹ Siehe hinten § 9 C III 1. (114); zum Vergleichsvertrag vgl. SCHLUEP SPR VII/2 943 ff.

⁷⁰ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.76 Vorbem. vor Art. 1 OR; BUCHER AT (§ 6 III 2.) 63; MERZ SPR VI/1 266. A.M. V. TUHR/PETER (§ 4 II) 34 und KRAMER N.106 und 111 Einleitung, die eine Naturalobligation annehmen. Zur Naturalobligation

sittlichen Pflicht liegt in der rechtsunverbindlichen Abrede.⁷¹ Ob eine sittliche Pflicht vorliegt, entscheidet der subjektive Wille des Leistenden.⁷² Dieser Wille ist m.E. zu vermuten, wenn die Leistung oder das Motiv zur Leistung im faktischen Verhältnis gründet.⁷³

cc) Verhältnis von Art. 63 I zu 63 II OR

Bei der Berufung auf Art. 63 I OR muss der Leistende seinen Irrtum beweisen.⁷⁴ Die tatsächliche Vermutung⁷⁵ spricht gegen einen Irrtum, wenn der Leistende im Rahmen des faktischen Verhältnisses geleistet hat. Dieselbe Vermutung spricht für eine sittliche Pflicht gemäss Art. 63 II OR. Demnach führen einseitige Leistungen aus einem faktischen Verhältnis nicht zur ungerechtfertigten Bereicherung.

c) Ausfall der erwarteten Gegenleistung

Eine Bank leistet ohne Rechtsgrund aufgrund der Abreden eines faktischen Verhältnisses, weil sie eine ebenso rechtsgrundlose Gegenleistung einer anderen Bank erwartet. Nach h.L. ist die Zuwendung in Erwartung einer Gegenleistung gemäss Art. 62 II OR rückforderbar, wenn die Gegenleistung ausfällt.⁷⁶ Die rechtsunverbindliche Abrede wäre demnach die die Bereicherung rechtfertigende, ausserhalb der Rechtsordnung gesetzte causa.⁷⁷ Weil eine causa im Sinne von Art. 62 II OR vorhanden wäre, käme diese Bestimmung anstelle von Art. 63 OR

vgl. hinten § 10 B III (122 ff.).

⁷¹ REUSS 510 f.; BGE 45 II 297 ff.

⁷² MERZ SPR VI/1 266; BGE 53 II 199 E.1; a.M. BUCHER AT (§ 6 III 2.) 63.

⁷³ Diese Vermutung führt zum gleichen Ergebnis wie die objektive Auffassung von BUCHER (a.a.O.).

⁷⁴ V.TUHR/PETER (§ 52 IV 5. c)) 487; KUMMER N.247 zu Art. 8 ZGB.

⁷⁵ Vgl. KUMMER N.362 ff. zu Art. 8 ZGB.

⁷⁶ V.TUHR/PETER (§ 52 V) 488.

⁷⁷ FLUME Rechtsgeschäft (§ 7 8.) 92.

§ 9 C II 2. c)

zur Anwendung, wenn die Gegenleistung ausfällt.⁷⁸ Werden Leistung und Gegenleistung erbracht, wäre wieder Art. 63 OR anwendbar.⁷⁹

Diese Lösung birgt aber die Gefahr, dass auf dem Umweg über die ungerechtfertigte Bereicherung der beabsichtigte Rechtsverzicht unterlaufen wird und justiziable Ansprüche entstehen, was ja die Banken bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung gerade vermeiden wollen. Deswegen werden mit dem Rechtsverzicht auch alle Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen.

III. Begründung und Umfang des Rechtsverzichtes

1. Selbständigkeit

Der Rechtsverzicht könnte als Inhalt eines eigenen, selbständigen Vertrages qualifiziert werden, der der Rechtsordnung unterstellt wäre. Die Banken wollen jedoch kein der Rechtsordnung durch Einigung unterstelltes Verhältnis.⁸⁰ Der Rechtsverzicht ist nicht vertraglich begründet.

2. Unerlaubte Handlung

Das Recht auf Schadenersatz entsteht erst mit der unerlaubten Handlung. Die Verzichtserklärung, die vor der unerlaubten Handlung getätigt werden muss,⁸¹ ist ein einseitiges, widerrufliches Rechtsgeschäft.⁸² Die rechtsgeschäftliche Erklärung erfolgt stillschweigend mit dem Eintritt in das faktische Verhältnis.⁸³ Die Verzichtserklärung wird

⁷⁸ BAHNTJE 193.

⁷⁹ Ders. 196.

⁸⁰ Siehe vorne § 9 A II (99 f.).

⁸¹ OSER/SCHOENENBERGER N.24 zu Art. 41 OR.

⁸² V. TUHR/PETER (§ 46 IV 3.) 419.

⁸³ MERZ N.159 zu Art. 2 ZGB.

widerrufen, wenn sich die verzichtende Bank erkennbar aus dem faktischen Verhältnis zurückzieht, oder das faktische Verhältnis in ein Vertragsverhältnis übergeführt wird.

3. Ungerechtfertigte Bereicherung

Das faktische Verhältnis verpflichtet niemanden zu einer Leistung. Ein Verzicht im voraus ist nicht notwendig. Es genügt, wenn eine Leistung in Kenntnis ihrer Nichtschuld⁸⁴ oder in Erwartung einer Gegenleistung⁸⁵ erbracht wird. Die Leistung begründet kein Rechtsverhältnis. Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen einzige Rechtswirkung die Ersetzung der für rechtsgültige Vermögensverschiebungen notwendigen causa ist.⁸⁶

IV. Umfang und Schranken

1. Umfang

Die Banken verzichten grundsätzlich auf die Rechte, die im direkten Zusammenhang mit dem rechtsunverbindlichen, faktischen Verhältnis entstehen könnten. Dieses ist der Rechtsordnung entzogen und soll als ausserrechtliches Institut keine Rechte begründen, ändern oder aufheben.⁸⁷ Aus den Handlungen, die sich innerhalb des verabredeten, faktischen Verhältnisses abspielen, sollen keine vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisse entstehen. Die Banken verzichten damit aber nicht auf Ansprüche, die in Tatsachen wurzeln, die ausserhalb des faktischen Verhältnisses liegen, oder mit denen sie nicht rechnen

⁸⁴ Siehe vorne § 9 C II 2. b) (112 f.).

⁸⁵ Siehe vorne § 9 C II 2. c) (113 f.).

⁸⁶ FLUME Rechtsgeschäft (§ 7 8.) 92; SCHOENENBERGER/JAEGGI N.53 zu Art. 1 OR.

⁸⁷ Siehe vorne § 9 A II (99 f.).

mussten. Der Umfang des Rechtsverzichtes ergibt sich stillschweigend aus dem Zweck und Umfange des faktischen Verhältnisses.⁸⁸ Die Banken müssen sich des Rechtsverzichtes nicht bewusst sein. Es genügt der Wille, das faktische Verhältnis ausserhalb der Rechtsordnung zu stellen.⁸⁹ In der Regel werden einerseits fahrlässige Schädigungen und verabredete Leistungen vom Rechtsverzicht erfasst sein, andererseits absichtliche Schädigungen zur Haftung aus unerlaubter Handlung⁹⁰ und Zuwendungen ohne Bezug zu den Abreden des faktischen Verhältnisses zur ungerechtfertigten Bereicherung führen.

2. Schranken

Der Verzicht auf Rechte aus unerlaubter Handlung ist innerhalb der Grenzen der Privatautonomie möglich.⁹¹ Bei der ungerechtfertigten Bereicherung stellt sich dieses Problem praktisch nicht. Der aufgrund einer rechtsunverbindlichen Abrede Leistende hat keinen Rückforderungsanspruch. Eine Gefahr besteht höchstens darin, dass die leistende Bank in Konkurs gerät und ihre Gläubiger die Rechtsgültigkeit der Leistung mit der *actio pauliana* anfechten.⁹²

⁸⁸ V.TUHR/PETER (§ 21 II 5. b)) 163; vgl. vorne § 9 C III 2. (114 f.) zur unerlaubten Handlung.

⁸⁹ FLUME Rechtsgeschäft (§ 5 4.) 72 ff.

⁹⁰ Vgl. GAUTSCHI N.44a f. zu Art. 394 OR zum Rat oder zur Auskunft, die unentgeltlich und ohne eigenes Interesse erteilt werden.

⁹¹ Siehe vorne § 9 B I 2. (100 f.) und C II 1. b) (111).

⁹² Vgl. vorne § 6 B V (65 f.) zur *actio pauliana* im Verhältnis zu Drittgläubigern des Kreditnehmers.

D HAFTUNG GEGENUEBER DRITTEN

I. Haftungsgrund

Das Verhalten einer Bank gegenüber einem Kreditnehmer kann eine Haftung gegenüber dessen anderen Gläubigern bewirken.⁹³ Betrachtet man bloss das Verhalten der Bank innerhalb der einzelnen Kreditbeziehung, ist die rechtsausschliessende Vereinbarung nur Motiv für die haftungsbegründende Handlung der Bank. Wäre die rechtsausschliessende Vereinbarung selbst Haftungsgrund, würde die Stellung des Drittgläubigers dann verbessert, wenn er gesamthaft und solidarisch gegen alle beteiligten Banken, als Mitglieder einer einfachen Gesellschaft,⁹⁴ Ansprüche geltend machen könnte.⁹⁵

II. Ausschluss gesellschaftsrechtlicher Haftung (Abgrenzung zur faktischen Gesellschaft und zum Rechtsschein)

Die von der h.L. anerkannte faktische (fehlerhafte) Gesellschaft knüpft am rechtsungültigen Vertragsschluss an⁹⁶ und hat nichts mit der hier überhaupt fehlenden Einigung über die Gründung einer Gesellschaft zu tun. Aufgrund einer bloss tatsächlichen Einigung entsteht keine faktische Gesellschaft aus sozialem Kontakt.⁹⁷ Eine Rechtsscheinhaftung gemäss Art. 33 III OR käme nur zum Zuge, wenn eine Bank direkt Pflichten und Rechte gegenüber einem Drittgläubiger in Vertre-

⁹³ Siehe vorne § 6 B (61 ff.).

⁹⁴ Vgl. hinten § 10 D I 1. (138 f.) und § 11 B I 1. (149 f.).

⁹⁵ SIEGWART N.27 f. zu Art. 544 OR. Aus unerlaubter Handlung hafteten die Banken nicht als Gesellschaftsmitglieder, sondern als Mittäter nach Art. 50 OR: V.STEIGER 434 f. m.w.N.

⁹⁶ Siehe vorne § 9 B II 1. c) (104).

⁹⁷ V.STEIGER 311 f.; HEMMELER 60 f.; siehe vorne § 9 B II 1. d) (104 f.) und 2. b) (106 f.).

tung des Konsortiums begründete.⁹⁸ Der äussere Umstand von Abreden unter den Banken, bzw. eines koordinierten Verhaltens der Banken, begründet allein kein gesellschaftsrechtliches Aussenverhältnis.⁹⁹

⁹⁸ BUCHER AT (§ 33 III 6.) 559; CANARIS Vertrauenshaftung 74 und 124 f.

⁹⁹ Vgl. BUCHER a.a.O. zum fehlenden Bevollmächtigungswillen.

§ 10 Gentlemen's Agreement

A TATBESTAND

I. Geschäftsbeziehung, Zweck

Wie bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung gewähren die Banken unabhängig voneinander Kredit an denselben Kreditnehmer und treten miteinander in Kontakt. Die Kreditbeziehungen sollen rechtlich getrennt bleiben.¹ Im Vergleich zur rechtsausschliessenden Vereinbarung erwarten die Banken gegenseitig stärker ein Verhalten gemäss den Abreden des Gentlemen's Agreements. Die Banken wollen sich weder ausserhalb der Rechtsordnung stellen, noch ihre Beziehungen im einzelnen rechtlich regeln.²

Der Zweck des Gentlemen's Agreements reicht von der Information bis zur tatsächlichen Koordination der Kreditbeziehungen.³ Die Leistung der einen Bank steht unter der Hoffnung und Erwartung, die andere Bank werde ebenfalls ihre Leistung erbringen.

¹ Siehe vorne § 9 A (99 f.).

² Der Begriff des Gentlemen's Agreements hängt von der willkürlichen Eingrenzung einer Erscheinung der wirtschaftlichen Praxis ab (vgl. HEIGL 9 ff. zum Kartellrecht). Hier wird den Banken der Wille zu rechtlicher Bindung nicht vorab abgesprochen. Anders die h.L., deren Begriff des Gentlemen's Agreements hier als rechtsausschliessende Vereinbarung bezeichnet wird: SCHLUEP Unternehmen 321 f.; vgl. BAHNTJE 25 und 97 ff. GUTZWILLER Verbandsperson 239 spricht von "an sich unklagbaren Vereinbarungen". Siehe hinten § 10 C I 2. b) (128 ff.).

³ Vgl. vorne § 9 A (99 f.). In der Praxis kommen Gentlemen's Agreements vor allem im Vorfeld von Stillhalte- und Sanierungsvereinbarungen vor. Siehe vorne § 7 B II 2. b) (74 f.) und hinten § 11 D I (165).

II. Uneigentliches Gentlemen's Agreement

Wenn eine Bank einseitig eine Leistung erbringt, ohne eine Gegenleistung zu erwarten, kann nur von einem uneigentlichen Gentlemen's Agreement gesprochen werden. Die typische Gegenseitigkeit fehlt. Die Zuordnung des uneigentlichen Gentlemen's Agreements zum (eigentlichen) Gentlemen's Agreement rechtfertigt sich, weil beiden eine gesteigerte Erwartung eigen ist.

B AUSSCHLUSS VON SELBSTAENDIGEN HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN

I. Zum Begriff der Leistungspflicht

1. Selbständige und unselbständige Leistungspflicht

Selbständige vertragliche Pflichten sind mit einem klagbaren Erfüllungsanspruch verbunden. Im Unterschied dazu sind die unselbständigen vertraglichen Nebenpflichten nicht einklagbar und nur schadenersatzrechtlich abgesichert.⁴ Zu den selbständigen Pflichten gehören die das Schuldverhältnis charakterisierenden Hauptleistungspflichten⁵ und die, nach deutscher Lehre nicht vertragstypisierenden, akzidentellen Nebenleistungspflichten.⁶ Nach anderer Auffassung können auch akzidentelle Nebenpflichten vertragstypisierend sein.⁷

⁴ KRAMER N.91 Einleitung.

⁵ GUHL/MERZ/KUMMER (§ 2 VI) 13; DESCHENAUX 175.

⁶ Vgl. KRAMER N.93 Einleitung; MERZ N.263 zu Art. 2 ZGB spricht von primären (Neben-)Pflichten.

⁷ GAUCH/SCHLUEP 231 f.

Die h.L. geht davon aus, dass zum Vertragsbegriff immer Hauptleistungspflichten gehören.⁸ Schuldverhältnisse ohne vertragstypisierende Leistungspflichten entstehen nach h.L. aufgrund gesetzlicher Verhaltenspflichten.⁹ Diese regeln ähnliche Tatbestände wie die unselbständigen Nebenpflichten.¹⁰

2. Leistungspflicht im Gentlemen's Agreement

Das Gentlemen's Agreement soll keine selbständigen, vertraglichen Pflichten mit Erfüllungsanspruch begründen.¹¹ Weil durch das faktische Verhältnis allein kein Vertrag entsteht, sind selbständige Hauptleistungspflichten gegen den Willen der Banken nicht möglich. Hingegen besteht das Problem, ob "unvollkommene" Hauptleistungspflichten¹² oder typisch unselbständige Nebenpflichten¹³ mit dem Willen der Banken zum alleinigen Gegenstand eines Vertrages gemacht werden.

II. Ausschluss selbständiger Leistungspflichten ohne Vertragsabschluss

Im Gegensatz zum Vertragsausschluss ist der Wille der Banken beim Gentlemen's Agreement nicht vorab auf den Ausschluss jeder vertraglichen Bindung gerichtet.¹⁴ Die Banken wollen lediglich verhin-

⁸ LARENZ I (§ 2 I) 7 und 9 ff.

⁹ Ders. I § (2 I) 13 f.

¹⁰ Vgl. hinten § 10 C I 3. a) (130 f.) zum Verhältnis von Gentlemen's Agreement und unerlaubter Handlung.

¹¹ Siehe vorne § 10 A I (119); vgl. BAHNTJE 188 ff.; LUKES 262 f. zum Kartellvertrag.

¹² Siehe hinten § 10 B III (122 ff.).

¹³ Siehe hinten § 10 C (126 ff.).

¹⁴ Siehe vorne § 10 A I (119); vgl. LUKES 260 zum Kartellvertrag. Die hier vertretene Auffassung des Gentlemen's Agreements differenziert die von der h.L. vertretene Meinung, beim Gentlemen's Agreement bestehe überhaupt keine rechtliche Bindung. Vgl. vorne § 10 FN.2.

dern, dass konkrete Hauptleistungspflichten entstehen, wie z.B. Informationspflichten, Verhaltenspflichten oder Ausgleichspflichten.¹⁵ Die rechtsgeschäftliche Natur des Gentlemen's Agreements wird nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁶

III. Ausschluss unklagbarer Ansprüche und von Naturalobligationen

1. Begriff des unklagbaren Anspruches und der Naturalobligation

Die rechtliche Durchsetzbarkeit ist ein wesentliches, notwendiges Merkmal des Anspruches.¹⁷ Der Zwang muss aber nicht im Klagerecht bestehen. Ein Selbstbefriedigungsrecht (Verrechnung) genügt.¹⁸ Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit ist zulässig.¹⁹ Die Verfügbarkeit des materiellen Rechts ist Ausfluss der Privatautonomie.²⁰ Davon zu unterscheiden ist die Naturalobligation, der jeder Zwangscharakter abgeht.²¹ Nach h.L. sind Naturalobligationen aber Ansprüche im Rechtssinne, weil die Leistung des Schuldners Erfüllung sei.²² Von anderer Seite wird die Existenz nicht durchsetzbarer Ansprüche bestritten. Die Konstruktion einer causa für Leistungen aus Naturalobligationen sei nicht notwendig, da die Behelfe der ungerechtfertigten Bereicherung genügen.²³ Hier wird die Naturalobligation so verstanden, dass sie als Schuld erfüllt werden kann.

¹⁵ Siehe hinten § 11 D II, III und IV (165 ff.).

¹⁶ Vgl. PLANDER 441 zur Lottospielgemeinschaft. Siehe hinten § 10 C (126 ff.).

¹⁷ REICHEL 423 f.

¹⁸ Ders. 412 ff.; REUSS 519 f.; GULDENER (FN.95) 218; NEUMANN 2 f.

¹⁹ REICHEL 445 ff.

²⁰ GRUNSKY 158 ff.; vgl. NEUMANN 29 f. zum fehlenden generellen Interesse der Rechtsgemeinschaft am Rechtsschutz materieller Werte.

²¹ NEUMANN 5; a.M. REUSS 504 f. Der Begriff der Naturalobligation ist mehrdeutig (LARENZ I (§ 2 III) 21).

²² MERZ SPR VI/1 268; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.77.

²³ HEITZ 53 ff.; V.BUEREN AT 11.

2. Verhältnis zum Gentlemen's Agreement

a) Unklagbare Ansprüche

aa) Vorteil unklagbarer Ansprüche

Die Banken könnten die Konsortialvereinbarungen in einen Vertrag aufnehmen, dessen Hauptleistungspflichten unklagbar wären. Daneben beständen unselbständige Nebenpflichten. Diese schützten aber nicht die Erfüllung. Weil Erfüllungsansprüche nicht klageweise durchsetzbar sein sollen, vereinbaren die Banken keine Schadenersatzpflichten aus Nichterfüllung. Die unselbständigen Nebenpflichten schützten hingegen die berechtigte Erwartung der einzelnen Bank, dass sich die anderen Banken nach Treu und Glauben verhalten. Die geschützte Erwartung bezöge sich im allgemeinen auf ein redliches Geschäftsgebaren und, eventuell, im besonderen auf die richtige Vornahme von Leistungen in freiwilliger Erfüllung der unklagbaren Hauptleistungspflichten. Es handelte sich um einen eingeschränkten Schutz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 OR.²⁴

bb) Selbstbefriedigungsrecht

Die Unklagbarkeit der Ansprüche liesse dem Gläubiger das Verrechnungsrecht.²⁵ Die Banken stehen meistens schon unabhängig von den Konsortialvereinbarungen in Geschäftsbeziehungen, woraus ihnen Gegenforderungen auf Geldleistung zustehen können. Die unklagbaren Ansprüche gehen jedoch oft nicht auf Geldleistung. Konsortialverpflichtungen zu einem bestimmten Kreditverhalten erfüllten nicht

²⁴ Vgl. V.TUHR/ESCHER (§ 68 IV) 106 f. zur nicht gehörigen Erfüllung. Zum Umfang des Schutzes vgl. hinten § 10 C II 1. c) (134 f.).

²⁵ Siehe vorne § 10 B III 1. (122).

§ 10 B III 2. a)

das Erfordernis der Gegenseitigkeit von Haupt- und Verrechnungsforderung gemäss Art. 120 OR.²⁶ Die Geltendmachung von Geldforderungen aus Schadenersatzpflichten wegen Nichterfüllung fällt wegen des Ausschlusses der Erfüllungsklage aus.

cc) Ausschluss unklagbarer Ansprüche

Der Ausschluss der Verrechenbarkeit unklagbarer Ansprüche, sei es wegen der Unmöglichkeit von gleichartigen Gegenforderungen, sei es wegen des gewillkürten Ausschlusses von Schadenersatzpflichten aus Nichterfüllung, macht den unklagbaren Anspruch zur Naturalobligation.²⁷ Es fehlt an der rechtlichen Durchsetzbarkeit. Wo die Verrechenbarkeit möglich wäre, steht der Parteiwille entgegen. Die Banken wollen nicht nur die klageweise Durchsetzbarkeit von Verpflichtungen ausschliessen, sondern auch jedes mit Zwang verbundene Selbstbefriedigungsrecht aus Nichterfüllung.

b) Naturalobligation

aa) Vorteile der Naturalobligation

Anders als bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung²⁸ ist die Leistung aufgrund einer Naturalobligation Schuldnerfüllung. Der Schuldner handelt in Erfüllung einer "Rechtspflicht".²⁹ Bei einseitigen Leistungen muss nicht auf Art. 63 OR zurückgegriffen werden.³⁰ Die Leistung hat ihre causa in der Naturalobligation. Bei Leistungen in Erwartung einer Gegenleistung stellt sich wie bei der rechtsausschlie-

²⁶ V.TUHR/ESCHER (§ 78 III) 194.

²⁷ Siehe vorne § 10 B III 1. (122).

²⁸ Vgl. vorne § 9 C II 2. (112 ff.).

²⁹ Siehe vorne § 10 B III 1. (122).

³⁰ Vgl. vorne § 9 C II 2. b) aa) (112).

ssenden Vereinbarung die Frage der Anwendbarkeit von Art. 62 II OR, wenn die Gegenleistung nicht erbracht wird.³¹ Wenn beide Leistungen erbracht werden, sind sie beide rechtsgültige Schuldenerfüllung. Die Verletzung unselbständiger Nebenpflichten bei der Erfüllung könnte zudem als Vertragsverletzung gesehen werden, die statt zu Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zu vertraglichen Schadenersatzansprüchen führte.³²

bb) Ausschluss von Naturalobligationen

Das Gentlemen's Agreement ist auf ein lockeres, ständig wandelbares, faktisches Verhältnis bezogen. Den Banken fehlt der Geschäftswille, bestimmte Obligationen mit konkreten Verpflichtungen zu vereinbaren.³³ Die Banken wollen nicht nur jeden Erfüllungszwang, sondern auch jede Fixierung von Leistungen verhindern. Sie wollen frei bleiben, im Rahmen des Gentlemen's Agreements verabredete Leistungen überhaupt nicht, ganz oder modifiziert zu erbringen. Der Konkretisierung von Hauptleistungspflichten durch das Gentlemen's Agreement widerspricht der Wille der Banken.

³¹ Vgl. vorne § 9 C II 2. c) (113 f.) und hinten § 10 C I 3. c) (132).

³² Siehe vorne § 10 B III 2 a) aa) (123).

³³ HEIGL 33 zum Kartellrecht.

C UNSELBSTAENDIGE HAUPTLEISTUNGSPFLICHT

I. Treuepflicht als vertragliche Rechtspflicht

1. Rechtspflicht im Gentlemen's Agreement

Das Gentlemen's Agreement kennt keine selbständigen Hauptleistungspflichten.³⁴ Dafür ist im Vergleich zum Vertragsausschlusse die gemeinsame Erwartung eines bestimmten Verhaltens stärker.³⁵ Die Banken rechnen damit, dass sich die am Gentlemen's Agreement beteiligten Banken in bestimmtem Masse nach Treu und Glauben verhalten. Ist diese Erwartung berechtigt und von der Rechtsordnung geschützt, verbindet sie sich mit einer entsprechenden Rechtspflicht. Obwohl die Banken keine selbständigen Hauptleistungspflichten eingehen, keine Erfüllungsansprüche oder Schadenersatzansprüche aus Nichterfüllung begründen, wollen sie nicht jedes konventionswidrige Verhalten hinnehmen. Wenn Informationen weitergegeben werden, wird mit ihrer Richtigkeit gerechnet. Erklärt eine Bank, ihr Kreditverhalten nach den Abreden des Gentlemen's Agreements gestaltet zu haben, vertrauen die anderen Banken darauf, dass jene Bank sich nicht gleichzeitig gegenständig verhält. Das Gentlemen's Agreement enthält als Rechtspflicht eine begrenzte Treuepflicht.

³⁴ Siehe vorne § 10 B II (121 f.).

³⁵ Siehe vorne § 10 A I (119).

2. Treuepflicht als vertragliche, unselbständige Hauptleistungspflicht

a) Allgemein

aa) Unselbständige Hauptleistungspflicht

Die Rechtspflichten aus dem Gentlemen's Agreement gehen nicht auf Erfüllung und sind unselbständig. Nach h.L. gehören solche Pflichten zu den vertraglichen Nebenpflichten.³⁶ Eine Treuepflicht als unselbständige Nebenpflicht ohne Hauptleistungspflicht gibt es nicht, weil ohne Hauptleistungspflicht überhaupt kein Vertrag besteht.³⁷ Die Treuepflicht muss Hauptleistungspflicht sein, um vertragliche Rechtspflicht im Gentlemen's Agreement zu sein. Die Treuepflicht ist nicht mehr akzessorische Nebenpflicht zu einer selbständigen Hauptleistungspflicht, sondern die unselbständige Hauptleistungspflicht eines Vertrages. Erst mit der Vertragsverletzung entstehen klagbare Ansprüche.

bb) Vertragliche Treuepflicht

Die rechtsgeschäftliche Begründung einer Treuepflicht ohne "typische" selbständige Hauptleistungspflicht wird zum Teil anerkannt.³⁸ Die Gegenmeinung geht vom fehlenden fiktiven Bindungswillen der Parteien aus,³⁹ und sieht die Treuepflicht als gesetzliche Sorgfaltspflicht, die unabhängig von der Privatautonomie entsteht.⁴⁰ Für Schutzpflich-

³⁶ Siehe vorne § 10 B I 1. (120 f.). Zur Abgrenzung zur gesetzlichen Treuepflicht siehe hinten § 10 C I 3. a) (130 f.).

³⁷ Vgl. vorne § 10 B I 1. (120 f.).

³⁸ FIKENTSCHER (§ 7 3.) 23 f. ENNECCERUS/LEHMANN 120 f. sprechen von vertragsähnlichen, gesetzlichen Fürsorgepflichten.

³⁹ FLUME Rechtsgeschäft (§ 7 7.) 91 f.; BAHNTJE 181; LARENZ I (§ 31 III) 507; siehe aber hinten § 10 C I 2. b) bb) (129).

⁴⁰ SCHWERDTNER 1675. CANARIS Vertrauenshaftung 429 f. sieht die Entstehung der Vertrauenshaftung ex lege als Ergänzung des Rechtsgeschäftes wegen der fehlenden, rechtsgeschäftlichen

ten, die ohne den Willen der Banken entstehen sollen, fehlt jedoch die Rechtfertigung. Die Banken sind darauf nicht angewiesen. Es gibt keine schwache Partei, die schutzbedürftig ist.⁴¹ Das Gentlemen's Agreement kann demnach nur eine ihm eigene Treuepflicht beeinhalteln, wenn diese Gegenstand vertraglicher Einigung und unselbständige Hauptleistungspflicht ist.

b) Gentlemen's Agreement

aa) Differenzierte Betrachtung der Willenserklärungen

Nach h.L. wird durch das Gentlemen's Agreement jede rechtliche Bindung ausgeschlossen.⁴² Es fehle an der auf eine Rechtsfolge gerichteten Willenserklärung, ohne die kein Vertrag zustande komme.⁴³ Allfällige "Nebenleistungspflichten" seien akzessorisch zu den Hauptleistungspflichten und kämen nicht allein vor.⁴⁴ Vom Ausschlusse selbständiger Hauptleistungspflichten darf jedoch nicht automatisch auf den Ausschluss vertraglicher Treuepflichten geschlossen werden. Nur wenn die Banken ihr Verhältnis überhaupt ausserhalb der Rechtsordnung stellen wollen, entstehen nie vertragliche Treuepflichten.⁴⁵ In allen anderen Fällen muss überprüft werden, ob trotz des Ausschlusses von

Einigung über die Treuepflicht. BAHNTJE 179 ff. m.w.N. be-
ruft sich auf DOELLE und knüpft nichtvertragliche
Schutzpflichten am sozialen Kontakt an.

⁴¹ Vgl. vorne § 9 B II 2. b) (106 f.) zur rechtsausschliessenden Vereinbarung.

⁴² BAHNTJE 25 und 97 ff., der aber gesetzliche Schutzpflichten anerkennt (179 ff.; siehe oben). FLÜME Rechtsgeschäft (§ 7 8.) 92 f.; SCHOENENBERGER/JAEGGI N.121 zu Art. 1 OR; SCHLUEP Unternehmen 321 f.

⁴³ ENNECCERUS/NIPPERDEY 896 ff.; HEIGL 31 zum kartellrechtlichen Gentlemen's Agreement.

⁴⁴ BAHNTJE 179, der dafür ausservertragliche Schutzpflichten annimmt: siehe aber oben.

⁴⁵ So bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung: siehe vorne § 9 (99 ff.).

selbständigen Hauptleistungspflichten eine Treuepflicht rechtsgeschäftlich vereinbart wurde.

bb) Parteiwille

Die Vorstellung der Banken über das nach Treu und Glauben erwartete Verhalten ist als innerer Wille rechtsgeschäftlich irrelevant.⁴⁶ Beim Gentlemen's Agreement verbindet sich aber der innere Wille mit dem für alle beteiligten Banken erkennbaren Umstände, dass sie nur "typische" Hauptleistungspflichten, nicht aber gesamthaft die Rechtsverbindlichkeit ihrer Abreden ausschliessen wollen.⁴⁷ Die Einhaltung von bestimmten Treuepflichten wird erwartet. Von der Rechtsgeltung dieser Treuepflichten muss die Abrede rechtsunverbindlicher Leistungen, die ebenfalls Bestandteil des Lebensverhältnisses "Gentlemen's Agreement" ist, unterschieden werden.⁴⁸ Mit dem Abschluss eines Gentlemen's Agreements begründen die Banken eine vertragliche Treuepflicht.

cc) Privatautonomie und Mindestvertragsinhalt

Die Banken dürfen rechtsausschliessende Vereinbarungen treffen.⁴⁹ Sie können Konsortialvereinbarungen zum rechtsverbindlichen Inhalt eines Vertrages machen.⁵⁰ Wenn die Banken nach ihrem Gutdünken ein tatsächliches Verhältnis ausserhalb der Rechtsordnung stellen oder durch einen von der Rechtsordnung mit Sanktionen geschützten Vertrag vollständig regeln können, muss die Privatautonomie auch

⁴⁶ GUHL/MERZ/KUMMER (§ 12 III 1.) 88.

⁴⁷ Darin liegt der rechtliche Unterschied zur rechtsausschliessenden Vereinbarung.

⁴⁸ Vgl. FLUME Rechtsgeschäft (§ 4 5.) 52.

⁴⁹ Siehe vorne § 9 B I (100 f.) und II 2. b) (106 f.).

⁵⁰ Siehe hinten § 11 (147 ff.).

§ 10 C I 2. b)

eine Privatrechtsgestaltung gestatten, die nur unselbständige, rudimentäre Hauptleistungspflichten begründet.⁵¹ Selbst wenn die Treuepflicht nur beschränkt ist, genügt dies für das Zustandekommen eines Vertrages. Die Klagbarkeit vertraglicher Schadenersatzpflichten aus der Verletzung der Treuepflicht bildet ein sinnvolles Ganzes im Sinne der vernünftigen, in sich geschlossenen Aenderung der Rechtslage.⁵² Die Umwandlung einer eventuellen ausservertraglichen Schadenersatzpflicht⁵³ in eine vertragliche ist genügender Inhalt der Einigung.⁵⁴ Für die Treuepflicht als unselbständige Hauptleistungspflicht und alleiniger Vertragsinhalt spricht zudem, dass eine Nebenpflicht, wie es die Treuepflicht sonst i.d.R. ist, vertragstypisierend sein kann.⁵⁵ Die Treuepflicht ist das *essentiale* des *Gentlemen's Agreements* als Vertrag.

3. Verhältnis zu gesetzlichen Schuldverhältnissen

a) Unerlaubte Handlung

Die Treuepflicht des *Gentlemen's Agreements* gleicht den ausservertraglichen Pflichten zu einem Verhalten nach Treu und Glauben.⁵⁶ Wenn die Treuepflicht des *Gentlemen's Agreements* über die ausservertraglichen Pflichten hinaus geht oder ihnen gleichkommt, hat die au-

⁵¹ Vgl. SCHNYDER 61 und 66 f.; REUSS 497 f.

⁵² Vgl. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.84 zu Art. 1 OR.

⁵³ Siehe dazu unten.

⁵⁴ A.M. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.82 zu Art. 1 OR, die allerdings auf die Möglichkeit der vertraglichen Schadenersatzpflicht aus der Verletzung innerhalb einer loyalen Geschäftsbeziehung nicht eingehen. Nach PIOTET 229 sind vertragliche Obligationen ohne positive Leistungen nicht möglich. Gleicher Meinung ist SPIRO Abschlussgehilfen 640 zum Vertragsverhandlungsverhältnis (vgl. hinten § 10 FN.104).

⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP 231 f.; siehe vorne § 10 B I 1. (120 f.).

⁵⁶ MERZ N.264 zu Art. 2 ZGB; siehe vorne § 9 C II 1. a) (109 ff.).

sserververtragliche Haftung praktisch keine grosse Bedeutung. Die h.L. und Praxis nimmt Anspruchskonkurrenz an; beide Ansprüche, aus vertraglicher und aus ausserververtraglicher Haftung, können geltend gemacht werden.⁵⁷ Die vertragliche Haftung ist für den Kläger vor allem bezüglich Beweislast und Verjährung vorteilhafter.⁵⁸ Reicht die vertragliche Treuepflicht weniger weit als allfällige ausserververtragliche Treuepflichten, sind diese nach den Regeln des Rechtsverzichtes ausgeschlossen.⁵⁹ Wenn die Banken eine geringere Treuepflicht als gesetzlich vorgesehen vereinbaren, wollen sie weitergehende, gesetzliche Treuepflichten ausschliessen.⁶⁰ Im Vergleich zu einem entsprechenden, teilweisen Rechtsverzicht bietet die Vertragshaftung relevante Vorteile für den Verletzten.⁶¹

b) Paulianische Anfechtungsklagen

Der Ausschluss berührt die Rechtsbehelfe aus der *actio pauliana* nicht.⁶² Die Banken wollen durch das Gentlemen's Agreement den Umfang der spezifischen Treuepflicht untereinander festlegen. Die *actio pauliana* steht allen Gläubigern, bzw. der Konkursmasse, zur Verfügung.⁶³ Der Sinn und Zweck des Gentlemen's Agreements ist nicht die Benachteiligung der beteiligten Banken gegenüber den übrigen Gläubi-

⁵⁷ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.1722 f. m.w.N.; BGE 99 II 321 E.5; a.M. V.TUHR/ESCHER (§ 68 V) 108 f.

⁵⁸ Vgl. V.TUHR/ESCHER a.a.O.

⁵⁹ Siehe vorne § 9 C IV 1. (115 f.). Vgl. dazu SPIRO Abschlussgehilfen 642 f., wonach eine Begrenzung der Vertragshaftung entsprechend auch für die Haftung aus culpa in contrahendo gelte.

⁶⁰ Vgl. ACKERMANN 49.

⁶¹ Siehe vorne § 10 C I 2 b) cc) (129 f.); vgl. GIGER N.24 zu Art. 199 OR zur Beschränkung der Gewährleistung.

⁶² Zur *actio pauliana* vgl. vorne § 6 B V (65 f.).

⁶³ Vgl. HANGARTNER 23 zur Aktivlegitimation.

gern. Mit dem Abschlusse des Gentlemen's Agreements verzichten die Banken nicht auf die *actio pauliana*.⁶⁴

c) Ungerechtfertigte Bereicherung

Die mit dem Gentlemen's Agreement verabredeten Leistungen sind nicht geschuldet. Es besteht keine Pflicht zur Erfüllung.⁶⁵ Für den Behaltensgrund der Leistungen kann deshalb auf die Ausführungen zur rechtsausschliessenden Vereinbarung verwiesen werden.⁶⁶ Anders als dort sind aber Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen des Ausfalles einer Gegenleistung denkbar. Die Banken wollen beim Gentlemen's Agreement nicht jede rechtliche Bindung ausschliessen.⁶⁷ Erreicht der Bindungswille der Banken eine bestimmte Stärke, wollen sie nicht mehr auf die entsprechenden Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung verzichten. Ein solcher Wille wird m.E. dann vorliegen, wenn das tatsächliche Verhältnis eine gewisse Intensität aufweist.⁶⁸

II. Treuepflicht des Gentlemen's Agreements

1. Begründung

a) Vertragsschluss

Das Gentlemen's Agreement wird zwar eher als die rechtsausschliessende Vereinbarung⁶⁹ schriftlich niedergelegt sein. Die eine Rechtslage gestaltenden, übereinstimmenden Willensäusserungen sind je-

⁶⁴ Vgl. HANGARTNER 100 f. zum Verzicht auf die *actio pauliana*.

⁶⁵ Siehe vorne § 10 B II (121 f.).

⁶⁶ Siehe vorne § 9 C II 2. (112 ff.) und III 3. (115).

⁶⁷ Siehe vorne § 10 C I 2. b) bb) (129).

⁶⁸ Vgl. hinten § 10 C II 1. b) (133 f.) zur Auslegung des Gentlemen's Agreements.

⁶⁹ Siehe vorne § 9 B III 2. (107 f.).

doch nicht an eine Form gebunden.⁷⁰ Eine schriftliche Vereinbarung erwähnte wohl die Rechtsunverbindlichkeit der Abreden, nicht aber die Treuepflicht. Rechtsunverbindliche schriftliche Abreden oder eingehende Verhandlungen kennzeichneten aber die Bedeutung, die die Banken dem Gentlemen's Agreement zumessen. Diese gesteigerte Erwartung in das Gentlemen's Agreement richtet sich auch auf die für das Gentlemen's Agreement typische, vertragliche Treuepflicht. Die Einigung über die rechtsunverbindlichen Abreden ist ein schlüssiges Handeln, eine stillschweigende, auf die Begründung einer vertraglichen Treuepflicht gerichtete qualifizierte Willensbetätigung.⁷¹ Wenn eine Bank sich dieser stillschweigenden Willenserklärung nicht bewusst ist, ist das schlüssige Handeln nach dem Vertrauensprinzip als konkludentes Verhalten anzusehen.⁷² Die Schriftlichkeit oder eingehende Verhandlungen sind Auslegungsmomente, die das Gentlemen's Agreement von der rechtsausschliessenden Vereinbarung abgrenzen helfen.⁷³

b) Auslegung des Gentlemen's Agreements

Der Inhalt und der Umfang der vertraglichen Treuepflicht werden von den Banken nicht ausdrücklich geregelt und müssen durch Auslegung ermittelt werden. Die primären Auslegungsmittel versagen. Der Abschluss eines Gentlemen's Agreements ist kein sozial-typisches Verhalten der Banken. Ähnliche Vereinbarungen, eventuell mit faktisch gleicher Wirkung, gibt es auch bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung und dem Konsortialvertrag. Es handelt sich nicht um ei-

⁷⁰ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.125 zu Art. 1 OR.

⁷¹ Dies. N.146 zu Art. 1 OR.

⁷² FLUME Rechtsgeschäft (§ 5 4.) 74 f.; MERZ N.159 zu Art. 2 ZGB.

⁷³ Vgl. vorne § 9 B III 2. (107 f.).

§ 10 C II 1. b)

nen typischen Lebensvorgang.⁷⁴ Als ergänzendes Auslegungsmittel sind die besonderen Umstände heranzuziehen. Schriftlichkeit und eingehende Verhandlungen⁷⁵ deuten auf die Relevanz der Konsortialvereinbarungen für die Banken und auf das Mass des gesteigerten Vertrauens hin.⁷⁶ Die Interessenlage der Banken umfasst die Erwartung, dass alle beteiligten Banken ein Mindestmass an Sorgfalt im Rahmen des Gentlemen's Agreements walten lassen.⁷⁷

c) Konkretisierung der Treuepflicht

aa) Weitergabe von Informationen

Die Banken sind an der Richtigkeit von untereinander weitergegebenen Informationen interessiert. Eine falsche Information kann die Banken dazu bewegen, ein anderes Kreditverhalten zu üben, als wenn sie korrekt informiert worden wären. Es besteht eine vertragliche Treuepflicht, keine täuschenden Informationen weiterzugeben.⁷⁸

bb) Kreditverhalten

Ein bestimmtes Kreditverhalten ist nicht geschuldet.⁷⁹ Die Banken besitzen die volle Handlungsfreiheit, ihr Kreditverhalten selbst zu bestimmen. Ein von den Abreden des Gentlemen's Agreements abweichendes Kreditverhalten kann, von jenem aus gesehen, mangelhafte

⁷⁴ Vgl. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.261 zu Art. 1 OR.

⁷⁵ Siehe oben.

⁷⁶ Vgl. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.269 zu Art. 1 OR.

⁷⁷ Vgl. dies. N.272 zu Art. 1 OR und JAEGGI/GAUCH N.362 zu Art. 18 OR. Art. 18 OR bezieht sich allerdings nicht auf den Vertragsschluss, der allein durch stillschweigende, qualifizierte Willensbetätigungen zustandekommt: dies. N.22 zu Art. 18 OR.

⁷⁸ Vgl. LUTTER 42 f., der vor allem auf den "Vorfeldvertrag" eingeht. Nach LUTTER 85 bewegen sich die Parteien im Rahmen eines "Letter of Intent" nicht im rechtsfreien Raum.

⁷⁹ Siehe vorne § 10 B II (121 f.).

Leistung oder Nichtleistung sein. Ohne die Erklärung einer Bank, sie habe ihr Kreditverhalten nach den Abreden des Gentlemen's Agreements ausgerichtet, können keine vertraglichen Treue-, Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt werden. Die Banken wissen um ihre grundsätzlich volle Handlungsfreiheit im Kreditverhalten. Gibt eine Bank hingegen eine entsprechende Erklärung ab, dürfen die Parteien auf deren Richtigkeit vertrauen.

cc) Ausschluss einer erweiterten Treuepflicht

Der Empfänger einer im Rahmen des Gentlemen's Agreements weitergegebenen Information oder geäußerten Erklärung mag sein Wissen zum Schaden dieser Bank verwenden. Zum Beispiel benützt er die Information über ihm zuvor unbekannte Vermögenswerte des Kreditnehmers, um seine eigenen Kreditrückforderungen eigennützig sicherzustellen. Den Banken, die dadurch einen Schaden erleiden, steht die *actio pauliana* zur Verfügung.⁸⁰ Daneben stellt sich die Frage, ob die eigennützig handelnde, die anderen Banken schädigende Bank gegen eine vertragliche Treuepflicht des Gentlemen's Agreement verstösst. Weil im Gentlemen's Agreement die Banken in ihrem Kreditverhalten frei bleiben wollen, müssen sie jedoch damit rechnen, dass eine Bank Informationen nach ihrem Gutdünken verwendet. Die Banken wollen in bezug auf ihre Handlungsfreiheit keine vertraglichen Bindungen eingehen.

⁸⁰ Siehe vorne § 6 B V (65 f.) und § 10 C I 3. b) (131 f.).

2. Wirkung der Treuepflicht

a) Schadenersatz

Die treuwidrig handelnde Bank muss gemäss Art. 97 I OR den Schaden, den die anderen Banken aus ihrem Verhalten erleiden, ersetzen.⁸¹ Wegen der Täuschung über die tatsächliche Situation erhöhen die Banken z.B. ihre Kredite, die sie in Kenntnis der Wahrheit gekündigt hätten.⁸² Der spätere Konkurs des Kreditnehmers führt zu höheren Verlusten. Die Differenz, das *damnum emergens*, ist vom Täuschenden zu ersetzen.⁸³ Der Ersatz des *damnum emergens* ist der Zweck des vertraglichen Schutzes des *Gentlemen's Agreements*. Ein *lucrum cessans* ist dagegen nicht zu ersetzen.⁸⁴ Das Interesse der Banken geht auf die Vermeidung von vermeidbaren Verlusten aus ihren Kreditbeziehungen. Das *Gentlemen's Agreement* bezweckt nicht die Sicherung von Gewinnen.⁸⁵ Mit Art. 100 I OR lässt sich der Ausschluss jeder Haftung für entgangenen Gewinn vereinbaren.⁸⁶

b) Adäquater Kausalzusammenhang

Es dürfte einer geschädigten Bank schwerfallen, den für eine Schadenersatzpflicht notwendigen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und dem Schaden zu beweisen.⁸⁷ Erstens muss

⁸¹ Vgl. LUTTER 42

⁸² Zum Schadensrisiko siehe vorne § 7 B II 2. b) (74 f.).

⁸³ V.TUHR/PETER (§ 12 III 1.) 85; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.1607.

⁸⁴ Vgl. BUCHER AT (§ 20 III 3. c) 307 f. zum negativen Interesse bei der Haftung aus culpa in contrahendo: vgl. hinten § 10 FN.104

⁸⁵ Vgl. vorne § 10 C II 1. c) (134 f.). Dies wäre der Zweck des Konsortialvertrages: siehe hinten § 11 (147 ff.).

⁸⁶ BUCHER AT (§ 9 II 1. FN.5) 81.

⁸⁷ Vgl. OFTINGER Haftpflichtrecht I (§ 3 II A) 72 f.; V.TUHR/PETER (§ 13 I) 87 f.

die Täuschung als Ursache geeignet gewesen sein, die geschädigte Bank zu einem anderen Kreditverhalten zu bewegen, als sie es sonst ausgeübt hätte. Zweitens ist erforderlich, dass das andere Kreditverhalten den geltend gemachten Schaden verhindert hätte.

c) Verschulden

Das Gentlemen's Agreement steht mit seiner rechtlichen Intensität zwischen der rechtsausschliessenden Vereinbarung und einem Vertrag mit "typischen" Hauptleistungspflichten.⁸⁸ Die schwache Bindung des Gentlemen's Agreements erzeugt kein umfassendes rechtlich geschütztes Vertrauen, dessen Verletzung in jedem Fall eine Haftung rechtfertigte. Deshalb verletzen nur in mittlerem Masse fahrlässiges, grobfahrlässiges und absichtliches Handeln die Treuepflicht des Gentlemen's Agreements. Das leicht fahrlässige Handeln wider die Treuepflicht hingegen wird nicht vom Vertrauensschutz des Gentlemen's Agreements erfasst. Die Banken nehmen Störungen, die durch leicht fahrlässiges Handeln verursacht werden, in Kauf. Die Wegbedingung der Haftung für leicht fahrlässiges Handeln erfolgt stillschweigend⁸⁹ und verstösst nicht gegen Art. 100 I OR.

3. Zusammenfassung

Die Banken haben als Treuepflicht die vertragliche Sorgfaltspflicht, innerhalb des durch das Gentlemen's Agreement abgegrenzten Lebensverhältnisses nichts zu tun, was die anderen Banken täuschen und dadurch schädigen könnte. Die Sorgfaltspflicht ist keine klagbare Obligation: Die Erfüllung ist nicht einklagbar.⁹⁰ Die Verlet-

⁸⁸ Siehe vorne § 10 A I (119), B I 2. und II (121 f.).

⁸⁹ Vgl. ACKERMANN 30 f.

⁹⁰ Siehe vorne § 10 C I 2. a) aa) (127).

zung der Sorgfaltspflicht ist eine positive Vertragsverletzung, wie sie auch bei nicht einklagbaren Nebenpflichten möglich ist.⁹¹ Die Relevanz der Sorgfaltspflicht ist wegen der Beweisschwierigkeiten begrenzt.⁹²

D VERTRAGSQUALIFIKATION UND -INHALT

I. **Eigentliches Gentlemen's Agreement**

1. Abschluss eines Gesellschaftsvertrages

Ein Gesellschaftsvertrag wird nach Art. 1 OR durch übereinstimmende Willensäusserungen geschlossen.⁹³ Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist, was die Parteien nach den allgemeinen Vertragsregeln vereinbart haben.⁹⁴ Beim Gentlemen's Agreement ist eine beschränkte Treuepflicht als unselbständige Hauptleistungspflicht Vertragsinhalt.⁹⁵ Wenn mit der rechtsverbindlichen Vereinbarung der Treuepflicht ein Gesellschaftszweck und Gesellschaftsbeiträge bestimmt werden, wird gemäss Art. 530 OR eine einfache Gesellschaft begründet.⁹⁶ Die gesellschaftsrechtliche Natur des Gentlemen's Agreements ist dabei nicht von einem Mindestinhalt vertraglicher Regelung abhängig. Dieser ist eine Frage der rechtlichen Relevanz des Rechtsgeschäfts überhaupt.⁹⁷ Wird

⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.1600. Nach V.TUHR/ESCHER (§ 68 IV) 106 f. und BUCHER AT (§ 20 II 2.) 298 f. fällt die positive Vertragsverletzung unter einen erweiterten Begriff der Nichterfüllung gemäss Art. 97 I OR.

⁹² Siehe vorne § 10 C II 2. b) (136 f.).

⁹³ V.STEIGER 267.

⁹⁴ GUHL/MERZ/KUMMER (§ 59 I 2.) 563; FLUME Personengesellschaft (§ 2 V) 32.

⁹⁵ Siehe vorne § 10 C I 2. (127 ff.) und II 1. a) und b) (132 ff.).

⁹⁶ GUHL/MERZ/KUMMER (§ 59 I 3.) 563.

⁹⁷ A.M. BALLERSTEDT 262, der für den gemeinsamen Zweck einen Mindestinhalt verlangt und andernfalls eine Gesellschaft verneint. Siehe vorne § 10 C I 2. b) cc) (129 f.) und hinten § 10 D I 3. a) (140 f.).

sie bejaht, ist davon unabhängig die Rechtsnatur des Vertrages zu ermitteln.

Die Teilnahme von mehr als zwei Banken am Gentlemen's Agreement lässt ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, bzw. einen Gesellschaftsvertrag vermuten.⁹⁸ Weil auch bloss zwei Banken ein Gentlemen's Agreement abschliessen können, kann die Zahl der vertragsschliessenden Banken nur bedingt als Abgrenzungskriterium gegenüber dem zweiseitigen Rechtsgeschäft herangezogen werden.⁹⁹

2. Gesellschaftszweck

Der Zweck des Gentlemen's Agreements besteht in der Schaffung eines begrenzten, vertraglichen Vertrauensverhältnisses.¹⁰⁰ Die Banken sind gemeinsam daran interessiert, dass die Verhandlungen über rechtsunverbindliche Abreden ohne Täuschung geführt und insbesondere keine täuschenden Informationen oder Erklärungen gemacht werden.¹⁰¹ Die Interessen der Banken stimmen überein¹⁰² im Gegensatz zum synallagmatischen Schuldvertrag, bei dem die Interessen der Parteien entgegengesetzt sind.¹⁰³ Der Inhalt des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses ist sehr begrenzt. Eine Bank schliesst jedoch ein Gentlemen's Agreement i.d.R. nur unter der Voraussetzung ab, dass sie faktisch den anderen Banken ein besonderes Vertrauen entgegen-

⁹⁸ BUCHER AT (§ 4 VII) 38; MUELLER R. 66 f.; MERZ SPR VI/1 84; SCHOENENBERGER/JAEGGI N.72 zu Art. 1 OR.

⁹⁹ Vgl. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.118 zu Art. 1 OR.

¹⁰⁰ Vgl. HUECK 12 f. zum Umfange der Treuepflicht im Verhältnis zum Gesellschaftszweck.

¹⁰¹ Siehe vorne § 10 C II 1. c) (134 f.).

¹⁰² WIELAND (§ 37 IV II 2.) 459.

¹⁰³ Vgl. SIEGWART N.57 Vorbem. zu Art. 530 - 551 OR.

§ 10 D I 2.

genbringen kann, das über das rechtlich geschützte Vertrauen hinausgeht und eventuell mit ausserrechtlichen Sanktionen belegt ist.¹⁰⁴

3. Inhalt des Gesellschaftsvertrages

a) Rudimentärer Vertragsinhalt

Der für den Gesellschaftsbegriff notwendige Beitrag¹⁰⁵ ist die Verpflichtung, im Rahmen des Gentlemen's Agreements nicht zu täuschen.¹⁰⁶ Es handelt sich um eine reine Unterlassungspflicht. Weitergehende rechtliche Pflichten zu Verhandlungen oder Abreden bestehen nicht. Die gegenseitige Erwartung der Banken, alle bemühten sich mit positiver Einstellung oder mindestens mit einer gewissen Ernsthaftigkeit um den Abschluss und die Durchführung rechtsunverbindlicher Abreden, liegt nicht im Bereich rechtlicher Regelung.¹⁰⁷ Die Möglichkeit einer rudimentären, einfachen Gesellschaft mit blossen Unterlassungspflichten und ohne Organisation ist heute nach h.L. anerkannt.¹⁰⁸ Wegen des rudimentären Inhaltes kommen die meisten gesetz-

¹⁰⁴ REUSS 489. Ein ähnliches Vertrauensverhältnis findet sich bei der culpa in contrahendo. Im Vertragsverhandlungsverhältnis bestehen beschränkte, zum Teil weiter als beim Gentlemen's Agreement reichende Treuepflichten. Die Rechtsnatur der culpa in contrahendo ist umstritten: vgl. V.TUHR/PETER (§ 24 VII) 192 f., BUCHER AT (§ 17) 245 ff., SPIRO Abschlussgehilfen 620 ff. und BGE 105 II 79 ff. E.2. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.570 f. zu Art. 1 OR sehen das Verhandlungsverhältnis als Gesellschaft auf Gefälligkeitsbasis und differenzieren bezüglich der Rechtswirkungen (N.569 f. und 592 zu Art. 1 OR). Vgl. BGE 108 II 422.

¹⁰⁵ SIEGWART N.1 zu Art. 531 OR; VOGELSANG 110 f.

¹⁰⁶ Siehe vorne § 10 C II 1. c) aa) (134).

¹⁰⁷ WIELAND (§ 37 IV I 3.) 455 verlangt eine positive Kraftentfaltung der Gesellschaft und verneint diese bei Kartellen. SIEGWART N.23 zu Art. 530 OR nimmt eine Verpflichtung zu positiver Einstellung auch beim Kartell an. SCHLUEP Unternehmen 358 sieht (in Abgrenzung zum nach seiner Meinung rechtsgeschäftlich unverbindlichen Gentlemen's Agreement: 321 f.) den Beginn rechtsverbindlicher Abreden in der Pflicht zu Verhandlungen.

¹⁰⁸ SIEGWART a.a.O.; VOGELSANG 111; MEIER-HAYOZ/FORSTMO-

lichen Bestimmungen über die einfache Gesellschaft nicht zur Anwendung. Im Gentlemen's Agreement werden keine Geschäfte geführt und wird kein Gesellschaftsvermögen gebildet.

b) Beitragspflicht

aa) Verhältnis zur gesetzlich vorgesehenen Treue- und Sorgfaltspflicht

Die Treuepflicht des Gentlemen's Agreements ist beschränkter als die typische allgemeine Treuepflicht des Gesellschaftsrechts¹⁰⁹ bzw. die in Art. 536 und 538 OR statuierte Treue- und Sorgfaltspflicht. Die Treuepflicht von Art. 536 OR ist dispositiver Natur.¹¹⁰ Die Sorgfaltspflicht von Art. 538 I OR kann im Rahmen von Art. 100 OR wegbedungen werden.¹¹¹ Das Gentlemen's Agreement schliesst die leicht fahrlässige, aber nicht die vorsätzliche oder grobfahrlässige Schädigung aus.¹¹² Die Treuepflicht des Gentlemen's Agreements wird vom rudimentären Gesellschaftszwecke bestimmt und begrenzt.¹¹³

SER (§ 8 N.33) 203 f.; GUHL/MERZ/KUMMER (§ 59 I 3. c) 565; KUMMER Kartell 100. M.E. ist der Mindestinhalt vertraglicher Regelung eine Frage der rechtlichen Relevanz des Rechtsgeschäftes: siehe vorne § 10 C I 2. b) cc) (129 f.) und D I 1. (138 f.). Vgl. SCHWYN 19 und 26 f., der die Frage der Gesellschaftsnatur nicht nach der Rechtserheblichkeit, sondern nach der Interessenlage beantworten will.

¹⁰⁹ Vgl. V.STEIGER 295 f. zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

¹¹⁰ Vgl. V.STEIGER 504 zum Konkurrenzverbot von Art. 536 OR.

¹¹¹ Ders. 406.

¹¹² Siehe vorne § 10 C I 3. a) (130 f.) und II 2. c) (137).

¹¹³ SCHLUEP Unternehmen 415 f.; SIEGWART N.3 zu Art. 536 OR.

bb) Schadenersatzleistung

Die Verletzung der Treuepflicht¹¹⁴ vermag eine Bank zu schädigen. Der Schaden tritt direkt bei der Bank ein. Nach h.L. hat ein Gesellschafter auch mit der *actio pro socio* grundsätzlich keine direkten Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag gegen andere Gesellschafter.¹¹⁵ Der Gesetzgeber hat allerdings die unmittelbare Schädigung eines Gesellschafters nicht geregelt.¹¹⁶ Es wäre unsinnig, wenn zuerst auf Schadenersatzleistung an die Gesellschaft geklagt werden müsste, die Schadenersatzleistung Gesellschaftsvermögen bilden würde¹¹⁷ und die Gesellschaft wiederum dem Geschädigten den Schaden ersetzte, indem sie das aus der Schadenersatzleistung gebildete Gesellschaftsvermögen auflöste und ihm übertrüge. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflichtverletzung, die zum unmittelbaren Schaden eines Gesellschafters gereicht, gibt deshalb diesem einen direkten, obligatorischen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger.¹¹⁸

¹¹⁴ Siehe allgemein vorne § 10 C II 2. (136 f.).

¹¹⁵ SIEGWART N.96 Vorbem. zu Art. 530 - 551 OR; V.STEIGER 508 f.; HARTMANN N.17 zu Art. 561 OR; LARENZ II § 60 II a)) 382; STAUDINGER/KESSLER N.79 f. zu § 705 BGB; FLUME Personengesellschaft (§ 10 IV) 142 f.

¹¹⁶ SCHWYN 44, der dann allerdings die gesellschaftsrechtliche Natur solcher Pflichten bestreitet.

¹¹⁷ WIELAND (§ 45 2. IV 2.) 546 f. zur Beitragszahlung.

¹¹⁸ SIEGWART N.6 zu Art. 538 OR; LARENZ II § 60 II a); STAUDINGER/KESSLER N.81 zu § 705 BGB. BECKER N.7 zu Art. 538 OR ist für die direkte Schadenersatzleistung an den geschädigten Gesellschafter, falls kein Gesellschaftsvermögen besteht. HARTMANN N.4 zu Art. 557 OR ist offenbar für eine *actio pro socio* auf direkte Schadenersatzleistung an den Geschädigten, wenn die Leistung ihm zukommen soll. SCHWYN 43 f. bestreitet die gesellschaftsrechtliche Natur reiner (kartellistischer) Unterlassungspflichten. M.E. steht beim Gentlemen's Agreement die Gemeinsamkeit des Gesellschaftszweckes im Vordergrund und genügt für das Zustandekommen einer Gesellschaft.

4. Aenderungen des Mitgliederbestandes und Beendigung der Gesellschaft

a) Grundsatz

Die einfache Gesellschaft wird vom Grundsatz der personellen Geschlossenheit beherrscht.¹¹⁹ Die Aufnahme neuer Mitglieder bedarf gemäss Art. 542 I OR der Zustimmung aller Gesellschafter. Der Wechsel der Mitgliedschaft setzt neben der Zustimmung einen schriftlichen Abtretungsvertrag voraus.¹²⁰ Dieser entfällt beim Gentlemen's Agreement wegen des fehlenden Gesellschaftsvermögens. Das Ausscheiden eines Mitgliedes hat schliesslich die Auflösung der einfachen Gesellschaft zur Folge, wenn nichts anderes verabredet worden ist oder wird.¹²¹ Die einfache Gesellschaft wird namentlich durch Zweckerreichung, deren Unmöglichkeit, durch Uebereinkunft oder durch Kündigung aufgelöst.¹²²

b) Gentlemen's Agreement

Ausdrückliche Abreden gibt es im Gentlemen's Agreement auch nicht über Aenderungen im Mitgliederbestand oder über die Auflösung.¹²³ Das Zustandekommen und der Inhalt des Gesellschaftsvertrages gründen in der stillschweigenden, qualifizierten Willensbetätigung der Banken. Wenn die Banken in ihre Runde weitere Banken aufneh-

¹¹⁹ V.STEIGER 407; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 3 N.28 f.) 89 f.; BOLLMANN 21 ff. m.w.N.

¹²⁰ Art. 542 II OR.

¹²¹ BOLLMANN 27 f.; SIEGWART N.38 ff. zu Art. 547 OR; GUHL/-MERZ/KUMMER (§ 59 IV) 571 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 8 N.70) 212. A.M. V.STEIGER 414 f., der die personelle Geschlossenheit relativiert und für ein Austritts- und Ausschlussrecht ist.

¹²² Art. 545 OR.

¹²³ Siehe vorne § 10 C II 1. a) und b) (132 ff.).

men, oder Banken die Runde verlassen, sind die Fortführung der Verhandlungen und der Weiterbestand der rechtsunverbindlichen Abreden qualifizierte Willensbetätigungen. Der neue Mitgliederbestand wird stillschweigend Vertragsinhalt.¹²⁴ Der Ausschluss einer Bank vom Gentlemen's Agreement wird erreicht, indem die Banken sie tatsächlich aus dem faktischen Verhältnis ausschliessen. Wollen die Banken das faktische Verhältnis auflösen, ist der Zweck des Gesellschaftsvertrages, das an das faktische Verhältnis angeknüpfte Vertrauensverhältnis, unmöglich geworden. Die einfache Gesellschaft wird nach Art. 545 I Ziff. 1 OR aufgelöst. Das rudimentäre Gesellschaftsverhältnis und das fehlende Gesellschaftsvermögen ermöglichen eine flexible Anpassung der rechtlichen Bindung der Banken. Die Willensbetätigung durch das faktische Verhalten richtet das rechtliche Gesellschaftsverhältnis nach dem faktischen Verhältnis aus.

II. Uneigentliches Gentlemen's Agreement

Das uneigentliche Gentlemen's Agreement ist auf eine einseitige, rechtsunverbindlich erfolgende Leistung gerichtet.¹²⁵ Der Hauptfall ist die einseitige Information durch eine Bank. Es werden keine weiteren Gespräche geführt und keine zusätzlichen, rechtsunverbindlichen Abreden getroffen. Es handelt sich um eine freiwillige Gefälligkeitsleistung,¹²⁶ die mit der beschränkten Treuepflicht des Gentlemen's Agreements¹²⁷ verbunden ist. Die Pflicht, ein täuschendes Verhalten zu unterlassen, besteht nur für den Leistenden und ist einseitig. Sie

¹²⁴ Art. 542 I OR; SIEGWART N.40 zu Art. 547 OR.

¹²⁵ Siehe vorne § 10 A II (120).

¹²⁶ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.121 zu Art. 1 OR.

¹²⁷ Siehe vorne § 10 C II (132 ff.).

ist daher weder Inhalt eines Gesellschaftsvertrages¹²⁸ noch eines vollkommenen zweiseitigen Vertrages.¹²⁹ Sie ist Bestandteil eines einseitigen Schuldvertrages. Die leistende Bank verspricht, sich der absichtlichen oder grobfahrlässigen Täuschung zu enthalten. Es liegt eine ähnliche Situation wie bei der Garantie vor, nur dass dort das Verhalten eines Dritten statt das eigene versprochen wird.¹³⁰ Das uneigentliche Gentlemen's Agreement enthält einen gesetzlich nicht geregelten, einseitigen Schuldvertrag. Eine Sorgfaltspflicht in Verbindung mit einem Auftrage liegt nicht vor, weil eine Rechtspflicht zur Leistung bzw. zur Information nicht besteht.¹³¹ Die Sorgfaltspflicht ist aber vertraglich, weil die Leistung im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses erbracht wird, an dem beide Parteien interessiert sind.¹³² Darin unterscheidet sich das uneigentliche Gentlemen's Agreement von der üblichen, vertragslosen Bankauskunft.¹³³

¹²⁸ Siehe vorne § 10 D I 1. (138 f.) zum (eigentlichen) Gentlemen's Agreement.

¹²⁹ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.118 zu Art. 1 OR.

¹³⁰ Siehe vorne § 3 E II 1. (19).

¹³¹ Vgl. HOFSTETTER 14 f. und 94 f. (Art. 398 OR). A.M. KUHN 350 f.

¹³² GAUTSCHI N.44a zu Art. 394 OR bestreitet einen Vertragsnexus beim fehlenden Interesse an der Erteilung eines Rates oder einer Auskunft.

¹³³ BGE 68 II 302 f. E.5 sieht nur bei entgeltlicher oder gewerbmässiger Auskunfterteilung einen Vertrag, behandelt aber nur vorgängige Raterteilungen im Hinblick auf einen Hauptvertrag und nicht Verhältnisse, deren einziger rechtserheblicher Zweck die Auskunfterteilung sein kann. Bestätigend BGE 111 II 372 f. E.5a. Zum Unterschied vertraglicher und ausservertraglicher Haftung vgl. vorne § 10 C I 2. b) cc) und 3. a) (129 ff.) und KUHN. Ders. 349 stellt anders als das Bundesgericht hinsichtlich der Vertragsnatur auf alle Begleitumstände, insbes. auf das Vertrauensverhältnis ab. Ausführlich zur Haftung der Bank SCHOENLE renseignements, der für die Vertragsnatur der Bankauskunft ist (396 ff. m.w.N.).

E HAFTUNG GEGENUEBER DRITTEN

Der Unterschied des Gentlemen's Agreements zur rechtsausschliessenden Vereinbarung besteht in der vertraglichen Treuepflicht. Die Treuepflicht ändert am faktischen Verhältnis selbst nichts. Die Haftung gegenüber Dritten durch den Abschluss und Vollzug eines Gentlemen's Agreements beurteilt sich wie bei der rechtsausschliessenden Vereinbarung.¹³⁴

¹³⁴ Siehe vorne § 9 D (117 f.).

§ 11 Konsortialvertrag

A TATBESTAND

I. Geschäftsbeziehung

Im Gegensatz zur rechtsausschliessenden Vereinbarung¹ und zum Gentlemen's Agreement² ist der Konsortialvertrag nicht auf rechtlich unabhängige Kreditbeziehungen beschränkt. Die Banken können nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich gemeinsam gegenüber dem Kreditnehmer auftreten.

II. Gesellschaftszweck

1. Selbständige Hauptleistungspflichten

Die Banken wollen eine stärkere rechtliche Bindung eingehen als beim Gentlemen's Agreement.³ Der Konsortialvertrag soll nicht bloss eine rudimentäre Treuepflicht enthalten, die vor Täuschungen schützt.⁴ Er soll selbständige Hauptleistungspflichten begründen.⁵

2. Kreditbeziehungen

a) Rechtlich getrennte, unabhängige Kreditbeziehungen

Die Kreditbeziehungen sind vom Konsortialvertrag rechtlich getrennt. Dessen Verpflichtungen gehen nur auf Leistungen zwischen den Banken, ohne dass sich an deren Rechten oder Pflichten aus der

¹ Siehe vorne § 9 A I (99).

² Siehe vorne § 10 A I (119).

³ Siehe vorne § 10 A I (119).

⁴ Vgl. vorne § 10 D I 3. a) (140 f.).

⁵ Siehe vorne § 10 B I 1. (120 f.) und II (121 f.).

§ 11 A II 2. a)

einzelnen Kreditbeziehung etwas ändert. Dieser Tatbestand liegt namentlich beim Stillhaltekonsortium vor.⁶ Die Banken bilden eine In- nengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.⁷

b) Rechtlich abhängige Kreditbeziehungen, Konsortialkredit

Einzelne oder alle Rechte und Pflichten aus den einzelnen, recht- lich getrennten Kreditbeziehungen werden nicht von der ver- tragsschliessenden, sondern von einer anderen Bank oder einem Drit- ten zumindest faktisch wahrgenommen. Die vielschichtigen Kreditbezie- hungen werden durch direkt wirkende Konsortialvereinbarungen koor- diniert.⁸ Beim Konsortialkredit gibt es, wirtschaftlich gesehen, keine einzelnen Kreditbeziehungen, sondern nur eine Kreditbeziehung zwi- schen den gemeinsam als Konsortium auftretenden Banken und dem Kreditnehmer, den Konsortialkredit.⁹ In der Praxis sind dies vor allem der Investitionskredit¹⁰ und der Sanierungskredit, der oft in eine um- fassende Restrukturierung des Kreditnehmers eingebettet ist. Für alle diese Abreden bilden die Banken eine Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen¹¹ oder eine Aussengesellschaft¹²

⁶ Vgl. SCHOLZE (3.Teil III) 119; vgl. vorne § 7 B II 2. b) aa) (74).

⁷ Siehe hinten § 11 D (165 ff.); zur Zulässigkeit siehe vorne § 8 B (87 ff.).

⁸ Zur Zulässigkeit solcher direkt wirkender Konsortialvereinba- rungen siehe vorne § 8 C (92 ff.).

⁹ Im internationalen Geschäft ist dies vor allem der Eurokredit, auf den hier nicht eingegangen wird. Vgl. dazu *euro-crédits, expériences* (zit. bei BROWN), *euro-crédits, instrument* (zit. bei BLAISE/FOUCHARD) und HINSCH/HORN.

¹⁰ SCHOLZE (3.Teil I) 100 f.; vgl. vorne § 7 B I 2. (72) und II 2. a) (73 f.). Dabei geht es namentlich um grössere Bauvorha- ben und grössere, oft mit einem erhöhten Länderrisiko verbun- dene Exportgeschäfte. Seltener werden nicht zweckgebundene Festkredite an grosse Schuldner syndiziert.

¹¹ Siehe hinten § 11 E (188 ff.).

¹² Siehe hinten § 11 F (224 ff.) zur gesellschaftlichen Sicherstel- lung.

B RECHTSNATUR

I. Gesellschaftsvertrag

1. Gesellschaftszweck

a) Bestimmung

Die Einigung über den Gesellschaftszweck ist für das Zustandekommen einer Gesellschaft wesentlich und rechtsgenügend; die Beitragspflichten liessen sich aus dem Gesellschaftszweck ableiten.¹³ Die Banken wollen aber keine Gesellschaft gründen, ohne sich über die konkreten Beitragspflichten geeinigt zu haben.¹⁴ Erst die Bestimmung der Beitragsleistungen konkretisiert den Gesellschaftszweck rechtsgenügend. Vorher besteht höchstens ein Vertragsverhandlungsverhältnis oder ein Gentlemen's Agreement mit rechtsunverbindlichen Abreden.¹⁵ Ein solches verdichtet sich mit der Einigung über die selbständigen Hauptleistungspflichten zu einem Konsortialvertrag: Die rechtsunverbindlichen Abreden des Gentlemen's Agreements werden rechtlich bindend und weiter ausgestaltet.

¹³ SIEGWART N.48 zu Art. 530 OR; MUELLER R. 27 f.

¹⁴ Vgl. V.STEIGER 269 f. und 357; SCHLUEP Unternehmen 359 f.; BALLERSTEDT 257.

¹⁵ Vgl. vorne § 10 D I 2. und 3. a) (139 ff.). Vgl. BLAISE/-FOUCHARD (N.50 f.) 186 f., die eine vertragliche Haftung der verhandlungsführenden Bank gegenüber dem zukünftigen Kreditnehmer annehmen, wenn dieser sie dazu beauftragt hat (N.53) 187 f.

b) Inhalt

Der "Gesellschaftszweck ist der vermitteltst der Leistungen zu bewirkende Erfolg"¹⁶ Er deckt sich mit den gemeinsamen Interessen der Banken am Konsortialvertrag.¹⁷ Neben den gemeinsamen Interessen bestehen Interessenkonflikte. Auch unterschiedliche Motive bewegen die Banken zum Abschluss eines Konsortialvertrages.¹⁸

2. Interessen¹⁹

Zwischen den Banken besteht ein Interessengegensatz aus dem Konkurrenzverhältnis. Jede Bank will, i.d.R. allein, möglichst profitabel und ohne Risiken das Kreditgeschäft mit einem Kreditnehmer betreiben. Der Interessengegensatz und die allfällige Unsicherheit über das gegenseitige Kreditverhalten kann das Kreditgeschäft erschweren oder verunmöglichen. Das gemeinsame Interesse liegt darin, die hemmende Wirkung des Interessengegensatzes und der Unsicherheit zu beseitigen und das Kreditgeschäft unter günstigeren Umständen zu ermöglichen. Wenn die Banken auf das Betreiben des Kreditnehmers hin ein Konsortium für einen Grosskredit bilden,²⁰ liegt das gemeinsame Interesse darin, dass sie nur durch gemeinsames Handeln im Kreditgeschäft mit dem Kreditnehmer bleiben können. Das vom gemeinsamen

¹⁶ WIELAND (§ 37 IV II 2.) 460.

¹⁷ SIEGWART N.18 zu Art. 530 OR; zu den Interessen siehe unten.

¹⁸ V.STEIGER 268 f.; zur Interessenlage siehe vorne § 7 B II 2. (73 ff.).

¹⁹ Siehe zum Ganzen vorne § 7 B II (73 ff.).

²⁰ Siehe vorne § 7 B I 2. (72) und II 2. a) (73 f.).

Vorgehen abhängige Kreditgeschäft ist der Grundzweck des Konsortialvertrages.²¹

3. Leistungen

Gemäss Art. 530 OR leisten die Gesellschafter gemeinsam die Beiträge zur Förderung des Gesellschaftszweckes. Während der Zweck des synallagmatischen Vertrages mit dem Leistungsaustausch erfüllt ist, werden die Leistungen der Gesellschafter verknüpft und sind auf den gemeinsamen Erfolg gerichtet.²² Die Leistungen sind Vorbedingung dafür, dass der Erfolg eintreten kann.²³ Die Leistungen werden erbracht, um das Kreditgeschäft zu ermöglichen. Die Beitragspflichten können dabei sehr rudimentärer Natur sein.²⁴

Fällt die Leistung einer Bank aus, gibt dies den anderen Banken keine *exceptio non adimpleti contractus* gemäss Art. 82 OR.²⁵ Die *causa* der Leistungen der anderen Banken wird aber erschüttert, wenn der Ausfall den Sinn und Zweck der Gesellschaft gefährdet,²⁶ die ja gerade in der Bindung möglichst aller kreditgebenden Banken liegen. Die ausfallende Leistung ist nicht von den anderen Banken zu übernehmen. Der Konsortialvertrag begrenzt die Beitragspflicht der einzelnen Banken.²⁷ Der Ausfall einer Leistung ist i.d.R. ein wichtiger

²¹ Vgl. BALLERSTEDT 262; SIEGWART N.18 zu Art. 530 OR; V. BÜREN BT 244. Dieses gemeinsame Interesse sieht BROWN 175 ff. nicht. Zur Stellung des Kreditnehmers siehe hinten § 11 C III 1. b) (162 f.).

²² WIELAND (§ 37 IV I 3.) 453.

²³ MUELLER R. 64.

²⁴ Vgl. vorne § 10 D I 3. a) (140 f.) zum Gentlemen's Agreement. BLAISE/FOUCHARD (N.14) 165 behaupten zwar beim Eurokredit die *affectio societatis*, sehen aber keine rechtserheblichen gesellschaftlichen Beitragspflichten.

²⁵ MUELLER R. 100.

²⁶ Ders. 79 f. und 90 f.

²⁷ Siehe vorne § 11 B I 1. a) (149).

Grund zur Kündigung gemäss Art. 545 I Ziff. 6 OR oder macht die Erreichung des Gesellschaftszweckes überhaupt unmöglich, worauf die Gesellschaft gemäss Art. 545 I Ziff. 1 OR aufgelöst wird.²⁸

II. Ergänzende Schuldverträge

1. Zweck

Die Qualifikation des Konsortialvertrages als Gesellschaftsvertrag schliesst nicht aus, dass daneben Schuldverträge unter den Banken oder zwischen den Banken und der Gesellschaft bestehen.²⁹ Der Vorteil zusätzlicher Schuldverträge liegt namentlich darin, dass innerhalb des Konsortiums Vermögenswerte übertragen,³⁰ Vermögensrechte geltend oder Vermögenspflichten erfüllt werden können, ohne Gesellschaftsvermögen bilden zu müssen. Die einzelnen Kreditbeziehungen sind rechtlich voneinander getrennt, obwohl ihre Rechte oder Pflichten faktisch von einer Person wahrgenommen werden. Die Banken behalten mindestens die Verfügungsmacht über die Rechte oder Pflichten aus ihrer Kreditbeziehung.³¹

2. Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag

Der Abschluss von ergänzenden Schuldverträgen bestimmt sich nach dem Konsortialvertrag. Abschluss und Erfüllung des Schuldvertrages sind als gesellschaftsrechtliche Beitragspflichten geschuldet.³²

²⁸ Siehe hinten § 11 D VIII 1. b) (180 f.) und 2. b) (182 f.).

²⁹ SCHLUEP Unternehmen 372 f.; vgl. NAEGELI 434.

³⁰ Zur Zulässigkeit siehe vorne § 8 C (92 ff.).

³¹ Vgl. DOHM (N.37) 15; SCHOLZE (1. Teil I C) 12 f.

³² NAEGELI 434 f.; STAUDINGER/KESSLER N.79 f. zu § 705 BGB. V. STEIGER 370 und WIELAND (§ 87 2. III) 848 f. äussern sich nur zu Schuldverträgen zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft. Zur Vermögenslage vgl. hinten § 11 E II 1. a) (189 f.).

Durch die übereinstimmenden Willensäusserungen der Banken werden sowohl der Konsortialvertrag als auch die ergänzenden Schuldverträge geschlossen. Der Gesellschaftszweck ist der Vertragszweck des Schuldvertrages; er kann zu dessen Auslegung herangezogen werden.³³ Ergänzungen des Schuldvertrages könnten auf den Gesellschaftszweck als Ausdruck der Intentionen der Banken gestützt werden. Die Vertragsergänzung darf aber nicht dazu führen, dass Beitragspflichten der Banken gegen deren Willen entstehen.³⁴ Eine ungenügende Regelung wird meist "eine stillschweigende, negative Entscheidung der Vertragsparteien" sein.³⁵

III. Gesellschaftsform

1. Einfache Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft ist die subsidiäre Gesellschaftsform. Sofern nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind, ist eine Gesellschaft gemäss Art. 530 II OR als einfache Gesellschaft zu qualifizieren.³⁶ Gesellschaften können wegen des Prinzipes des numerus clausus im Gesellschaftsrecht nur in den gesetzlichen Formen bestehen.³⁷ In der Regel wird in einem schriftlichen Konsortialvertrag auf die Wahl der einfachen Gesellschaft als Gesellschaftsform hingewiesen; der Wille der Konsorten zur Gründung einer einfachen Gesellschaft ist schon deshalb anzunehmen.³⁸ Kreditkonsortien sind

³³ JAEGGI/GAUCH N.371 zu Art. 18 OR; vgl. GLOOR 47 ff. und BENZ 128 f. zu den Wirkungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

³⁴ JAEGGI/GAUCH N.497 zu Art. 18 OR; siehe vorne § 11 B I 1. a) (149).

³⁵ JAEGGI/GAUCH N.488 zu Art. 18 OR.

³⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 8 N.28) 202.

³⁷ OTT 87 f.

³⁸ JAEGGI/GAUCH N.350 und 32 zu Art. 18 OR.

§ 11 B III 1.

einfache Gesellschaften.³⁹ Weil in der Praxis wenigstens eine Konsortialbank eine juristische Person ist, würde das ein kaufmännisches Gewerbe⁴⁰ betreibende Konsortium als atypische einfache Gesellschaft geduldet.⁴¹

2. Verein

a) Konsortium in Vereinsform

aa) Entstehung und Zweck

Der Verein entsteht gemäss Art. 60 ZGB durch die schriftliche Niederlegung von Statuten mit einem bestimmten Mindestinhalt. Der schriftliche Konsortialvertrag müsste den Willen der Banken enthalten, sich als Verein zu konstituieren.

Ein Vorteil der Vereinsform läge theoretisch beim wirtschaftlichen Einheitskredit.⁴² Der Kreditgeber des Konsortialkredites wäre der Verein. Die Mitglieder übernehmen die Finanzierung des Vereins. Die statutarische Begrenzung der Beitragspflichten schliesse die persönliche

³⁹ SPAHN 48 ff. spricht vom Poolvertrag. Seine Unterscheidung des Pools als Förderungsgemeinschaft vom Konsortium als Erwerbsgemeinschaft ist m.E. nicht notwendig. SCHOLZE 3 und (1. Teil I A) 5 f. trennt nicht zwischen Emissions- und Kreditkonsortium. Zu den Emissionskonsortien: GUHL/MERZ/KUMMER (§ 59 I 3. b) 565 und MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 8 N.83) 214.

⁴⁰ Zum kaufmännischen Gewerbe siehe hinten § 11 B III 2. b) (156 ff.).

⁴¹ In diesem Sinne MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 4 N.61) 114 f.: sind nur natürliche Personen Gesellschaftsmitglieder, besteht eine Kollektivgesellschaft. SIEGWART N.25 zu Art. 530 OR und V.STEIGER (FN.40) 334 wollen erst beim Auftreten der Gesellschafter unter einer Firma eine Kollektivgesellschaft annehmen (BGE 79 I 179 ff.).

⁴² Siehe vorne § 11 A II 2. b) (148) zum Konsortialkredit.

Haftung der Banken aus. Nur das Vereinsvermögen haftete.⁴³ Die Begrenzung der Haftung auf die statutarisch geschuldeten Beitragspflichten nützte gegen Schadenersatzansprüche aus Kreditverhalten.⁴⁴ Diese Rechtsgestaltung widerspricht allerdings dem Bestreben der Banken nach der Alleinberechtigung jeder Bank an einem Kredit.⁴⁵ Der Verein eignete sich aber für die gesellschaftliche Sicherstellung der Kredite.⁴⁶ Hier läge sein Anwendungsbereich.

Bei Konsortialvereinbarungen bezüglich getrennter Kreditbeziehungen⁴⁷ hingegen ist die Lage vorab anders. Die Wahl des Vereins als Gesellschaftsform änderte an der persönlichen Haftung der einzelnen Banken aus Kreditverhalten nichts. Die Rechte und Pflichten aus den einzelnen Kreditbeziehungen, und damit auch die Haftung, lägen immer noch direkt bei den einzelnen Banken.

bb) Anpassung des Vereinsrechts

Wenn die dispositiven Gesetzesbestimmungen über das Vereinsrecht den Erfordernissen der Konsortialvereinbarung angepasst werden, gibt es keine Nachteile der Vereinsform.⁴⁸ Die Statuten müssten detailliert die von der gesetzlichen Normierung des Vereinsrechts abweichenden Regelungen enthalten.⁴⁹ Die genügend weite Bestimmung des Vereinszweckes wahrt die erwünschte Flexibilität.⁵⁰ Verschiedene

⁴³ LAMPERT/WIDMER N.79) 62 f. Bei der einfachen Gesellschaft ist nur die Solidarhaftung im Einzelfall ausschliessbar (Art. 544 III OR; V.STEIGER 383 f.).

⁴⁴ Siehe vorne § 6 A III und B (59 ff.).

⁴⁵ Siehe hinten § 11 E II 1. a) und b) (189 ff.).

⁴⁶ Siehe hinten § 11 F I 1. (224).

⁴⁷ Siehe vorne § 11 A II 2. a) (147 f.).

⁴⁸ SCHLUEP Unternehmen 331.

⁴⁹ LAMPERT/WIDMER N.23) 26 f.; HEINI 524 f.

⁵⁰ Vgl. HEINI 548. Eine statutenwidrige Zweckänderung ist anfechtbar (BGE 86 II 389).

Beitragsleistungen rechtfertigen eine entsprechende Stimmrechtsgestaltung.⁵¹ Die Austrittsfreiheit gemäss Art. 70 II ZGB als unentziehbares Recht stellt die gleichen Probleme wie bei der einfachen Gesellschaft.⁵² Die Mitglieder können nicht gezwungen werden, ihre Mitgliedschaft aufrecht zu erhalten. Die Statuten müssten auch in Abänderung von Art. 73 I ZGB den austretenden Mitgliedern einen Anteil am Vereinsvermögen entsprechend ihren Beitragsleistungen zugestehen.

b) Zulässigkeit der Vereinsform

aa) Im allgemeinen

Nach Art. 60 I ZGB dürfen Vereine nur ideelle, keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen. Ein kaufmännisches Gewerbe gemäss Art. 61 II ZGB darf nur zur Erreichung eines ideellen Zweckes geführt werden.⁵³ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erlaubt die Gesellschaftsform des Vereins auch für Kartelle.⁵⁴ Die Kartelle betreiben kein kaufmännisches Gewerbe, sie fördern aber die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder. Der Gesellschaftszweck ist wirtschaftlicher Natur. Die h.L. kritisiert deshalb entschieden die Rechtspraxis,⁵⁵ die die Verwendung der Vereinsform für Vereinigungen erlaubt, wenn sie ohne kaufmännisches Gewerbe die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder fördern.⁵⁶

⁵¹ HEINI 545; LAMPERT/WIDMER (N.82) 64 f.

⁵² Art. 545 I Ziff. 6 f., II und 546 I OR; siehe hinten § 11 D VIII (180 ff.).

⁵³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 16 N.12) 348.

⁵⁴ BGE 90 II 333 ff.

⁵⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 4 N.24 ff.) 106 f.; GUTZWILLER Verbandspersonen 223 ff.; HEINI 525 ff.; SCHLUEP Unternehmen 329 f.

⁵⁶ BGE 90 II 345 E.7. Nach V.STEIGER 234 ist die Frage noch offen.

bb) Kaufmännisches Gewerbe

Wenn das Konsortium kein kaufmännisches Gewerbe führt, kann es scheinbar die Rechtsform des Vereins wählen.⁵⁷ Selbst die Gewährung eines Kredites aus dem Vereinsvermögen ist keine Geschäftstätigkeit im Sinne der Ausübung eines kaufmännischen Gewerbes.⁵⁸ Die Dauer des Konsortiums mag sich über längere Zeit erstrecken. Sein begrenzter Zweck rückt es jedoch in die Nähe des Typus der Gelegenheitsgesellschaft. Die Betreibung eines Gewerbes ist nicht beabsichtigt.⁵⁹ Die Geschäftstätigkeit richtet sich nicht auf den wirtschaftlichen Verkehr mit einer Mehrzahl von Geschäftspartnern,⁶⁰ sondern allein mit dem Kreditnehmer, eventuell einem Dritten als Sicherungsgeber.

cc) Abgrenzung zu den Kartellen

Das Bg führt Argumente für das Bedürfnis nach der Zulässigkeit der Vereinsform für Kartelle an.⁶¹ Der Gesetzgeber habe nicht ins Auge gefasst, dass ein Verein mittelbar, ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit, die wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder fördert. Die Zulässigkeit der Vereinsform komme aber der Rechtssicherheit, dem Schutze der Mitglieder und vor allem von Dritten zugute. Die einfache Gesellschaft sei nicht die geeignete Gesellschaftsform für Kartelle, weil diese auf Dauer angelegt sind, zum Teil hohe Mitgliederbestände auf-

⁵⁷ Zum Grundsatz siehe oben. Siehe aber hinten § 11 B III 2. b) cc) und dd) (157 ff.) zur Problematik des Vereins beim Kreditkonsortium.

⁵⁸ Art. 934 I OR und Art. 52 III HRV.

⁵⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 4 N.37) 109 f.; HIS N.23 zu Art. 934 OR; STAUDINGER/KESSLER N.153 Vorbem. zu § 705 BGB.

⁶⁰ Vgl. GAUCH Zweigbetrieb (N.532) 107.

⁶¹ BGE 90 II 335 ff. E.2 - 6.

weisen und Mitgliederwechsel vorkommen,⁶² die mangelnde Prozesslegitimation der Gesellschaft nachteilig ist und die Solidarität unbillig sein kann.

Das Konsortium hat diese Probleme nicht. Seine Aussenbeziehungen sind auf den Kreditnehmer, allenfalls auf einen dritten Sicherungsgeber beschränkt. Die Solidarhaftung ist ihm gegenüber ausschliessbar. Das Konsortium soll nicht gegen Dritte wirken. Der Verkehrsschutz als wichtigster Grund entfällt beim Konsortium. Zudem ist bei der gesellschaftlichen Sicherstellung⁶³ die gelegentlichsmässige, wirtschaftliche Tätigkeit Selbstzweck des Konsortiums, dessen "Erwerb", der Sicherungserlös, direkt den Konsortialmitgliedern zukommt.⁶⁴ Der Zweck des Konsortiums unterscheidet sich vom Zwecke des Kartelles niederer Ordnung, der nur mittelbar die wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder fördert.⁶⁵

⁶² Dauer und Mitgliedschaft lassen sich allerdings bei der einfachen Gesellschaft vertraglich anpassen: siehe hinten § 11 D VIII (180 ff.) und C III 2. (163 f.).

⁶³ Siehe hinten § 11 F (224 ff.).

⁶⁴ V. GRAFFENRIED 70, 73 f. und 91 sieht den für die Vereinsform unzulässigen wirtschaftlichen Zweck in der Unmittelbarkeit des Erwerbs, wie sie namentlich bei Gelegenheitsgesellschaften vorkomme. PELLET 234 kritisiert v. Graffenried, weil die Unmittelbarkeit ein kaufmännisches Gewerbe erfordere. Nach v. Graffenried ist ein kaufmännisches Gewerbe allerdings nicht notwendig.

⁶⁵ V. GRAFFENRIED 99 ff. PELLET 242 unterscheidet nach den Interessen des Verkehrsschutzes, die die Kartelle höherer Ordnung zum Handelsregistereintrag zwingen. Beim Konsortium entfällt dieses Kriterium, weil die einfache Gesellschaft - die Alternative zum Verein - sowieso nicht eintragungsfähig ist (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 8 N.26) 201).

dd) Risiko der Unzulässigkeit der Vereinsform

Das Bg hat seine Kriterien zur Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Vereinszwecken aus faktischen Zwängen entwickelt, um den Kartellen die Vereinsform zu gestatten.⁶⁶ Es hat dabei vorerst die Argumente zugunsten der Vereinsform für Kartelle gesucht und am Schluss die abstrakte Regelung entwickelt.⁶⁷ Die bundesgerichtlichen Argumente gelten nicht für das Konsortium. Es ist nicht auszuschließen, dass die Rechtspraxis diese abstrakte Regelung künftig differenziert⁶⁸ und zusätzlich fordert, dass der kein kaufmännisches Gewerbe betreibenden, aber einen wirtschaftlichen Zweck verfolgenden Vereinigung keine andere, passendere Gesellschaftsform offenstehe. Dem Konsortium steht die einfache Gesellschaft als geeignete Gesellschaftsform zur Verfügung.⁶⁹ Ein Konsortium in Vereinsform birgt das Risiko der Anwendung von Art. 59 II ZGB in Verbindung mit Art. 530 II OR in sich mit der Folge, dass der "Verein" als einfache Gesellschaft qualifiziert würde.

3. Aktiengesellschaft

Die Pflichten der Aktionäre erschöpfen sich in der Liberierung.⁷⁰ Die AG käme theoretisch für den Konsortialkredit,⁷¹ als Beauftragte der Banken⁷² oder für die gesellschaftliche Sicherstellung⁷³ in Frage. Andere Konsortialvereinbarungen müssten, wie ein

⁶⁶ BGE 90 II 335 f. E.2.

⁶⁷ BGE 90 II 345 E.7.

⁶⁸ Nach V.STEIGER 234 ist der Stand der Dinge offen.

⁶⁹ Siehe vorne § 11 B III 1. (153 f.) und oben.

⁷⁰ Art. 680 I OR; V.GREYERZ 162 f.

⁷¹ Vgl. aber vorne § 11 B III 2. a) aa) (154 f.) zur mangelnden Eignung einer Körperschaft für den Konsortialkredit.

⁷² Vgl. hinten § 11 E V 1. (219 ff.) zur schuldrechtlichen Stellung der geschäftsführenden Bank.

⁷³ Siehe hinten § 11 F (224 ff.).

Aktionärbindungsvertrag, wieder in einer einfachen Gesellschaft geregelt werden.⁷⁴ Die Nachteile der Gründung einer AG (Publizität durch den Handelsregistereintrag, Steuerpflicht, Unbeweglichkeit) rechtfertigen sich auch für die gesellschaftliche Sicherstellung kaum.⁷⁵

C ENTSTEHUNG UND MITGLIEDSCHAFT

I. Vertragsverhandlungen

Die Vertragsverhandlungen zur Bildung eines Konsortiums laufen meist über die federführende Bank. Diese ist mit dem "Agenten", der für die Abwicklung des konsortialen Kreditgeschäftes besorgt ist, meist identisch,⁷⁶ und wird hier geschäftsführende Bank genannt. Von diesen Vertragsverhandlungen müssen, vor allem bei der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen, die Vertragsverhandlungen zwischen den einzelnen Banken und dem Kreditnehmer unterschieden werden, in denen die geschäftsführende Bank als Vertreterin jeder Bank agiert.⁷⁷

II. Vorbehalt der Schriftlichkeit

Konsortialverträge werden i.d.R. schriftlich, durch die Aufsetzung einer Vertragsurkunde und die Unterzeichnung derselben durch alle Banken geschlossen.⁷⁸ Die Banken behalten die Schriftlichkeit ge-

⁷⁴ Vgl. NAEGELI 428 und 434 f.; V.GREYERZ 84.

⁷⁵ Vgl. vorne § 11 B III 2. a) aa) (154 f.) zur gesellschaftlichen Sicherstellung (siehe hinten § 11 F (224 ff.)) als allein vorstellbarem Anwendungsfall der AG als Körperschaft.

⁷⁶ STORCK 531 f. Auch ein Dritter kann diese Funktionen übernehmen.

⁷⁷ Siehe hinten § 11 D IX 1. (185 ff.). Zur Haftung der geschäftsführenden Bank gegenüber den anderen Banken beim Eukredit vgl. ELLAND-GOLDSMITH 117 ff. Zur Haftung der geschäftsführenden Bank gegenüber dem Kreditnehmer beim Eukredit vgl. HINSCH/HORN 37 ff., insbes. 41 f.

⁷⁸ In Deutschland ist auch der Vertragsschluss durch Briefwechsel

mässig Art. 16 OR vor. Der stillschweigende Vorbehalt ist zu vermuten, weil die Banken folgenträchtige Verträge wie den Konsortialvertrag regelmässig nicht bloss mündlich schliessen wollen.⁷⁹ Die Banken wollen erst mit der Erfüllung des Formerfordernisses den Konsortialvertrag entstehen lassen.⁸⁰ Deswegen kann die geschäftsführende Bank, über die die Vertragsverhandlungen laufen, die Banken gegenüber dem Kreditnehmer nicht als direkte Stellvertreterin nach Art. 32 I OR verpflichten.⁸¹ Der schriftliche Vertrag ist massgebend für die Auslegung des Vertragsinhaltes.⁸² Aus dem gleichen Grund ist m.E. der Vorbehalt auch für Vertragsänderungen anzunehmen. Der Konsortialvertrag wird meist zusammen mit den Kredit- und Sicherungsverträgen in einer Urkunde verbrieft,⁸³ wobei für die Kredite und die Sicherstellungen oft noch auf andere, bestehende Verträge Bezug genommen wird.

üblich. Diese Form sichert ebenfalls den Beweis (SCHOLZE (1. Teil I B 1.) 8).

⁷⁹ Vgl. vorne § 9 B III 2. (107 f.), § 10 C II 1. (132 ff.) und § 11 B I 1. a) (149) und II 2. (152 f.). Relativierend BGE 54 II 305 ff. E.2 zum Mietvertrag, wobei i.c. die Umstände gegen den Vorbehalt sprachen.

⁸⁰ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.30 zu Art. 16 OR.

⁸¹ HINSCH/HORN 21. Vgl. dies. 46 ff. zum Eintritt der rechtlichen Bindungen.

⁸² JAEGGI/GAUCH N.369 zu Art. 18 OR; V.TUHR/PETER (§ 30 I) 235 zur Beweissicherung. Die Bedeutung der Auslegung und Ergänzung des Vertragsinhaltes nach Treu und Glauben dagegen hervorhebend SCHOLZE (1. Teil I B 1.) 8.

⁸³ Zur Problematik einer einzigen Urkunde siehe hinten § 11 C III 1. b) (162 f.) und E IV 2. (217 f.).

III. Mitgliedschaft

1. Mitglieder

a) Banken und andere Gläubiger

Mitglieder der hier besprochenen Konsortialvereinbarungen sind Banken, die das Kreditgeschäft pflegen. Denkbar wäre die Beteiligung von Drittgläubigern des Kreditnehmers.⁸⁴ Die Redaktion des Konsortialvertrages müsste dann berücksichtigen, dass die Auslegung des Konsortialvertrages sich nicht nach dem bankmässigen, sondern nach dem üblichen, allgemeinen Sprachgebrauch richtet.⁸⁵

b) Kreditnehmer als Gegenpartei

Die Unterschrift des Kreditnehmers auf der Vertragsurkunde begründet nicht dessen Gesellschafterstellung. Der Zweck des Konsortialvertrages, das gemeinsame Interesse besteht darin, den Banken das Kreditgeschäft zu ermöglichen.⁸⁶ Die Förderung des Kreditnehmers ist höchstens mit ein Motiv für die Banken, einen Konsortialvertrag zu schliessen. Wenn die Förderung des Kreditnehmers der Konsortialzweck wäre, stimmten die gemeinsamen Interessen der Banken und des Kreditnehmers überein. Die Banken liefen Gefahr, dass der Kreditnehmer Gesellschafter des Konsortialvertrages würde. Dies entspricht jedoch nicht dem Willen der Banken. Der Kreditnehmer darf nicht annehmen, das Konsortium sei eine altruistische Vereinigung. Die Banken handeln im eigenen Interesse.⁸⁷ Weil die Unterschrift des Kreditnehmers trotz-

⁸⁴ Vgl. vorne § 7 A I (69).

⁸⁵ MERZ N.151 zu Art. 2 ZGB; vgl. SCHOLZE (1. Teil I B 1.) 9.

⁸⁶ Siehe vorne § 11 B I 2. (150 f.).

⁸⁷ Zu den unterschiedlichen Hauptinteressen vgl. BGE 105 II 112 f.

dem ein gegenteiliges Indiz sein könnte, sollte seine Unterschrift eigentlich nicht auf der Vertragsurkunde stehen, die das Innenverhältnis des Konsortiums festlegt. Allfällige Beziehungen zwischen dem Konsortium und dem Kreditnehmer würden besser in einer anderen Vertragsurkunde niedergelegt. Will man es wie in der Praxis üblich bei einer Urkunde belassen, sollte sie die Stellung des Kreditnehmers als Vertragspartner der einzelnen Banken und nicht des Konsortiums ausdrücklich erwähnen.

2. Aenderungen des Mitgliederbestandes

Eine Aenderung des Mitgliederbestandes löst die einfache Gesellschaft grundsätzlich auf.⁸⁸ Nach h.L. und Praxis setzt die Fortführung der einfachen Gesellschaft eine entsprechende Abrede voraus; alle, auch die ausscheidenden Gesellschafter, müssen der Fortsetzung zustimmen oder zugestimmt haben.⁸⁹ Die Zustimmung ist entweder im Gesellschaftsvertrag selbst schon enthalten oder wird eigens verabredet, sei es vor oder nach der Aenderung des Mitgliederbestandes.⁹⁰ Die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen muss, wie für jede Aenderung des Gesellschaftsvertrages, ausdrücklich verabredet sein.⁹¹

⁸⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 8 N.10 f.) 198 f.; SCHÄEDLER 3.

⁸⁹ Art. 542 I, und 545 I Ziff. 6 f., II und 546 I OR; vgl. SIEGWART N.8 zu Art. 542 OR und N.38 ff. zu Art. 547 OR; BOLLMANN 35; BGE 94 II 119 ff. zum Ausschluss. A.M. V. STEIGER 414 f., der für die Möglichkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund ist in Analogie zum Recht der Kollektivgesellschaft (Art. 577 OR). Vgl. vorne § 10 D I 4. (143 f.) zum Gentlemen's Agreement. Zur Beendigung siehe allgemein hinten § 11 D VIII (180 ff.).

⁹⁰ WIELAND (§ 64 6. I 1.) 713 f.; V. STEIGER 451; vgl. BOLLMANN 27 f.

⁹¹ SIEGWART N.9 zu Art. 534 OR und N.40 zu Art. 547 OR; V. STEIGER 395 f.

§ 11 C III 2.

Ohne Zustimmung wird die Gesellschaft aufgelöst. Eine Weiterführung der Gesellschaftsaktivitäten ist möglich, indem die daran interessierten ehemaligen Gesellschafter einen neuen Gesellschaftsvertrag abschliessen und ihre allfälligen Liquidationsanteile als Beiträge in die neue Gesellschaft einbringen. Die Beiträge werden vielleicht anteilsmässig um den Liquidationsanteil der "ausgeschiedenen" Gesellschafter erhöht.

D INNENGESELLSCHAFT AUF INDIREKTE KONSORTIALVEREINBARUNGEN

I. Allgemeiner Zweck

Die gemeinsamen Interessen der Banken⁹² liegen im Austausch von Informationen, in der Koordination des Kreditverhaltens oder im Ausgleich von Verlusten, wobei die einzelne Bank ihre unabhängige, rechtlich und faktisch selbständige Stellung gegenüber dem Kreditnehmer immer behält.⁹³

II. Abreden über den Austausch von Informationen

1. Gesellschaftszweck

Die gegenseitige Information über den gemeinsamen Kreditnehmer⁹⁴ soll die Erkenntnisse aller Banken mehren. Im Unterschied zum synallagmatischen Informationsauftrag haben die Banken ein gemeinschaftliches Interesse.⁹⁵ Das Wissen der einzelnen Banken wird durch Leistungsvereinigung zusammengelegt.⁹⁶ Die gewonnenen Erkenntnisse sind ein Produkt der Informationsleistungen der Banken. Das neu erworbene Wissen soll die Banken befähigen, sich ein besseres Urteil über den Kreditnehmer und ihre Kreditbeziehung zu bilden. Das Wissen ist der von den Banken gemeinsam vorgestellte Erfolg.⁹⁷

⁹² Siehe vorne § 11 B I 2. (150 f.).

⁹³ Siehe vorne § 11 A II 2. a) (147 f.).

⁹⁴ Zur Zulässigkeit siehe vorne § 8 A II (81 ff.).

⁹⁵ Vgl. GAUTSCHI N.45c zu Art. 394 OR.

⁹⁶ Fehlt jede Form des Zusammenwirkens, besteht zwischen den Banken höchstens ein schuldrechtliches Auftragsverhältnis: GAUTSCHI N.44a und 45c zu Art. 394 OR und MUELLER R. 64; siehe unten.

⁹⁷ WIELAND (§ 38 IV II 2.) 460.

2. Verhältnis zu den anderen Abreden und zum Gentlemen's Agreement

Neben die Wahrheitspflicht des Gentlemen's Agreements⁹⁸ tritt die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung der einzelnen Bank, ihre Erkenntnisse - tatbeständliches Wissen oder Werturteile - den anderen Banken mitzuteilen, damit die zusammengetragenen Informationen ein möglichst genaues Bild des Kreditnehmers ergeben. Eine Konsortialvereinbarung mit nur diesem Zwecke kommt in der Praxis kaum vor. Wenn die Banken nur Informationen austauschen und erörtern wollen, werden sie die beschränkte rechtliche Bindung des Gentlemen's Agreements wählen.⁹⁹ Sie schliessen i.d.R. keinen schriftlichen Vertrag, und die mündliche Vereinbarung spricht gegen einen Konsortialvertrag.¹⁰⁰ Vertragliche Informationspflichten sind nicht alleiniger Inhalt eines Konsortialvertrages. Informationspflichten bilden jedoch eine Voraussetzung zum Abschluss eines Konsortialvertrages, der weitergehende Verpflichtungen der Banken begründet.

3. Informationen als Voraussetzung der Beitragsfestsetzung

Voraussetzung für die Festlegung der Pflichten ist das Wissen um die einzelnen Kreditbeziehungen. Jede Bank ist deshalb verpflichtet, die anderen Banken über ihre Kreditbeziehung aufzuklären. Weil der Konsortialvertrag erst mit der Einigung über die konkreten Beitragsleistungen zustandekommt,¹⁰¹ gehören diese Informationspflichten in den Bereich der vorvertraglichen Beziehungen.¹⁰² Ihre Verletzung begrün-

⁹⁸ Siehe vorne § 10 C II 1. c) aa) (132).

⁹⁹ Vgl. vorne § 10 C II 1. c) aa) (134) und cc) (135).

¹⁰⁰ Siehe vorne § 10 C II 1. a) (132 f.) und § 11 C II (160 f.).

¹⁰¹ Siehe vorne § 11 B I 1. a) (149) und C II (160 f.).

¹⁰² SCHOENENBERGER/JAEGGI N.576 zu Art. 1 OR; vgl. vorne § 11 B I 1. a) (149).

det eine Schadenersatzpflicht aus culpa in contrahendo.¹⁰³ Die absichtliche Täuschung erfüllt den Tatbestand von Art. 28 I OR.¹⁰⁴

III. Abreden über Kreditverhalten

1. Zweck

Durch die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung der Banken zu einem bestimmten Kreditverhalten wird der Grundzweck des Konsortialvertrages verfolgt, das Kreditgeschäft mit dem Kreditnehmer risikoloser zu betreiben.¹⁰⁵

2. Beitragspflichten

a) Allgemein

Die Banken sind verpflichtet, ihre Kredite zu verlängern, zu erhöhen, zu kündigen, Sicherheiten einzuverlangen oder darauf zu verzichten, die Unternehmungsführung des Kreditnehmers zu beeinflussen etc. Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten können sich auf alles Mögliche erstrecken; ihre Konkretisierung richtet sich nach den Bedürfnissen des konkreten Falles. Die Festlegung der Pflichten ist in erster Linie eine betriebswirtschaftliche, keine juristische Frage. Im Vordergrund stehen Abreden über die Höhe und Dauer der Kreditgewährung, die einzuverlangenden Sicherheiten und die Beeinflussung der Unternehmungsführung.¹⁰⁶

¹⁰³ Zur culpa in contrahendo und ihrer Rechtsnatur vgl. SCHÖENENBERGER/JAEGGI N.591 ff. zu Art. 1 OR; V.TUHR/PETER (§ 24 VII) 192 f.; BUCHER AT (§ 17 IV) 253 ff.

¹⁰⁴ BUCHER (§ 13 V 2. c)) 193 f.

¹⁰⁵ Siehe vorne § 11 B I 2. (150 f.).

¹⁰⁶ Vgl. RAESS.

b) Wahrnehmung bestehender Rechtspositionen

Objekt der gesellschaftlichen Verpflichtungen des Gesellschafters sind die Rechte, die ihm aus seiner Kreditbeziehung gegenüber dem Kreditnehmer zustehen.¹⁰⁷ Nach aussen, im Verhältnis zum Kreditnehmer, behält die Bank die Verfügungsmacht über die ihr zustehenden Rechte. Die nach aussen hin nicht in Erscheinung tretende Konsortialvereinbarung ist kennzeichnend für die reine Innengesellschaft. Im Innenverhältnis bringt die Bank die ihr zustehenden Rechte nicht "quoad sortem" ein. Die Einbringung von Vermögenswerten "quoad sortem" räumte der Gesellschaft ein intern, obligatorisch wirkendes Verfügungsrecht über Vermögenswerte eines Gesellschafters ein.¹⁰⁸ Das Verfügungsrecht wäre ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter und gehörte zum Gesellschaftsvermögen. Die Banken wollen aber mit indirekten Konsortialvereinbarungen kein Gesellschaftsvermögen begründen. Ein Verfügungsrecht der Gesellschaft ist zudem nicht notwendig. Der Sinn des Verfügungsrechtes läge in der zukünftigen Konkretisierung von Leistungen.¹⁰⁹ Der Gesellschaftsvertrag bestimmt aber schon Art, Weise und Zeitpunkt der von den Gesellschaftern vorzunehmenden Verfügungen über die Rechte aus ihren Kreditbeziehungen. Die Verpflichtungen der Gesellschafter zu einem bestimmten Kreditverhalten sind rein sozialrechtliche Beitragspflichten, die - in beliebiger Art - direkt den Zweck der Gesellschaft fördern.¹¹⁰ Durch ihre sozialrechtliche Natur und den Verbleib des Verfügungsrechtes beim Gesellschafter unterscheidet sich die gesellschaftsrechtliche Bei-

¹⁰⁷ Zu den Rechten im einzelnen vgl. vorne § 3 und 4 (Kreditgewährung), § 5 (Kreditsicherung) und § 6 (Kündigung).

¹⁰⁸ WIELAND (§ 45 2. II 3.) 541 f.; V.STEIGER 369.

¹⁰⁹ V.STEIGER 369 f.

¹¹⁰ WIELAND (§ 87 2. I 1.) 846; SIEGWART N.4 zu Art. 531 OR.

tragspflicht zu einem bestimmten Kreditverhalten auch vom unechten Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 I OR, wo der Promissar einen persönlichen Erfüllungsanspruch gegen den Promittenten und das Verfügungsrecht über den Anspruch erwirbt.¹¹¹

c) Hinwirken auf zukünftige Rechtspositionen

Verpflichtet der Konsortialvertrag eine Bank, ihren Kredit zu erhöhen, zu verlängern oder zusätzliche Sicherheiten einzuverlangen, muss sie versuchen, mit dem Kreditnehmer eine entsprechende Aenderung der kreditvertraglichen Regelung zu treffen. Sie ist gesellschaftsrechtlich verpflichtet, das gewünschte Ergebnis zu erzielen, notfalls mit der Drohung der Kündigung. Das Problem der Unmöglichkeit des gewünschten Ergebnisses stellt sich in der Praxis kaum.¹¹² Der Konsortialvertrag wird regelmässig erst geschlossen, wenn der Kreditnehmer den rechtlichen Aenderungen der einzelnen Kreditbeziehungen zustimmt. Der Abschluss des Konsortialvertrages und die kreditvertraglichen Abänderungen erfolgen *uno actu*.¹¹³

IV. Abreden über Verlustausgleich

1. Zweck

a) Allgemein

Die Konsortialbanken verpflichten sich, Verluste aus ihren Kreditbeziehungen nach einem Schlüssel auszugleichen. Der Grund liegt darin, dass, wegen der Form der ausgesetzten Kredite oder der Art

¹¹¹ V.TUHR/ESCHER (§ 82 I 1.) 236 f.; vgl. HEILMANN 171 f.

¹¹² Zur Unmöglichkeit siehe hinten § 11 D VIII 1. b) (180 f.).

¹¹³ Zum Problem des Einbezugs des Kreditnehmers in die Konsortialvereinbarungen siehe vorne § 11 C III 1. b) (162 f.) und hinten § 11 D IX 1. (185 ff.) und E V 2. (221 f.).

§ 11 D IV 1. a)

der Sicherheiten, im Konkurse die Verluste der Banken nicht im Verhältnis der einzelnen Kreditengagements stehen mögen, zu denen der Konsortialvertrag die Banken verpflichtet hat.¹¹⁴

b) Unterschiedliche Inanspruchnahme aus Kredit

Die Kreditrückforderung aus einem festen Vorschuss z.B. fällt im Konkurse des Kreditnehmers in die Konkursmasse.¹¹⁵ Ein Kautionskredit dagegen wird vielleicht nicht beansprucht.¹¹⁶ Oder die Kreditlimiten zweier Banken z.B. werden verschieden stark beansprucht.¹¹⁷ Die Bank, deren Kreditlimite weniger benutzt wurde, wäre im Konkurse des Kreditnehmers die Glücklichere. Es kann unbillig zu sein, wenn, wegen äusserer, von den Banken nicht beeinflussbarer Umstände die Verluste der Banken nicht ihren Kreditengagements entsprechen.

c) Unteilbare Sicherheiten

Die Banken wollen kein Gesellschaftsvermögen bilden. Unteilbare, akzessorische Sicherheiten können vom Kreditnehmer oder vom Dritten deshalb nur einer Bank gestellt werden.¹¹⁸ Ein anderes Motiv, eine Sicherheit nur einer Bank zukommen zu lassen, ist die Praktikabilität. Namentlich die Sicherstellung durch Zession ist mit praktischen Inkonvenienzen verbunden, wenn Debitorenforderungen des Kreditnehmers auf die einzelnen Banken verteilt werden müssen.¹¹⁹

¹¹⁴ Zur Problematik der Durchführung des Ausgleiches siehe hinten § 11 D IV 2. c) (172).

¹¹⁵ Zum festen Vorschuss siehe vorne § 3 A (II) (10 f.).

¹¹⁶ Zum Kautionskredit siehe vorne § 3 E (I) (18 ff.).

¹¹⁷ Zur Kreditlimite siehe vorne § 4 A II (30 f.).

¹¹⁸ Zur unteilbaren Sicherheit siehe hinten § 11 E III 1. b) bb (205), F I 1. (224) und III (227 f.); zur Sicherstellung allgemein siehe vorne § 5 (37 ff.).

¹¹⁹ Vgl. hinten § 11 E III 2. (205 ff.); zur Zession siehe vorne § 5 C VII (51 ff.).

Wenn im Rahmen der Konsortialvereinbarung die Kredite einer Bank einseitig sichergestellt werden, ist sie im Konkurse des Kreditnehmers bevorteilt. Die Verabredung einer Ausgleichspflicht zugunsten der benachteiligten Banken ist denkbar. Es ist aber zu berücksichtigen, dass ein Ueberschuss aus der Verwertung der Sicherheit gemäss Art. 198 und 219 I SchKG allen Konkursgläubigern zugute kommt.¹²⁰

2. Beitragspflichten

a) Bestimmung der Ausgleichspflicht

Die Ausgleichspflichten werden schon im Gesellschaftsvertrag festgelegt.¹²¹ Ihre Höhe bemisst sich verhältnismässig nach den ausgesetzten und beanspruchten Kreditlimiten, den zur Verfügung gestellten Sicherheiten und den erlittenen Verlusten. Die Festlegung des Verhältnisses ist ein betriebswirtschaftliches Problem. Weil die Parameter objektive Bestimmungsgrössen der Ausgleichsforderung sind,¹²² wird diese unmittelbar mit dem Eintritt des Ausgleichgrundes, z.B. des Konkurses des Kreditnehmers, konkretisiert.¹²³

b) Entstehung und Rechtsnatur der Ausgleichsforderung

Wenn die Ausgleichsforderung mit dem Eintritt des Ausgleichsgrundes fällig wird,¹²⁴ ist dieser eine Suspensivbedingung gemäss Art. 151 I OR. Der Gesellschaftsvertrag kann auch bestimmen, dass die mit dem Eintritt des Ausgleichsgrundes konkretisierte Aus-

¹²⁰ AMMON (§ 42 N.47 und 51) 342 f.; vgl. aber hinten § 11 E III 2. a) (205 f.) zur "Nachzession".

¹²¹ Siehe vorne § 11 B I 1. a) (149).

¹²² GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.312.

¹²³ Mit dem Eintritt des Ausgleichsgrundes wird meist der Gesellschaftszweck unerreichbar: vgl. hinten § 11 D VIII 1. b) (180 f.) und 4. b) (184 f.).

¹²⁴ Vgl. FEHLMANN 148 für den Versicherungspool.

gleichleistung erst durch Beschluss der Gesellschafter fällig wird. Die gesellschaftsrechtliche Ausgleichspflicht ist von der ausgleichspflichtigen der ausgleichsberechtigten Bank geschuldet. Die Leistung geht direkt vom Vermögen der einen in das der anderen Bank.¹²⁵

c) Problematik

Ein Nachteil der Ausgleichsregelung liegt darin, dass eine ausgleichsberechtigte Bank über ihren Verlustschein gemäss Art. 149 II und 205 II SchKG doch noch zur vollen Befriedigung kommen kann, worauf die Ausgleichsleistung nicht mehr gerechtfertigt wäre. Die Uebertragung des Verlustscheines an den Ausgleichspflichtigen ist kein Weg, weil der gesellschaftsrechtliche Ausgleich die Verluste nie voll abdeckt. Der Verlustschein müsste den Gesellschaftern zur gesamten Hand oder einem Fiduziar abgetreten werden. Diese müssten gegebenenfalls den Schuldner neu betreiben und den Erlös anteilmässig den Gesellschaftern verteilen. Hinsichtlich der Kostentragung wäre eventuell eine spezielle gesellschaftsrechtliche Abrede notwendig. Während die Abtretung an die Gesellschafter zur gesamten Hand nicht dem Willen der Banken entspricht, kein Gesellschaftsvermögen zu bilden und keine dauerhafte, über die Zeit der Kreditgewährung an den Kreditnehmer hinaus währende Gesellschaft einzugehen, ist die fiduziarische Abtretung an ein Inkassobüro denkbar.¹²⁶

¹²⁵ STAUDINGER/KESSLER N.80 zu § 705 BGB. FEHLMANN 147 sieht den Rechtsgrund der Ausgleichspflicht beim Versicherungspool in Art. 537 OR; die Ausgleichsleistung gehe über das Gesellschaftsvermögen. SIEGWART N.5 zu Art. 538 OR erwähnt die Möglichkeit direkter Ansprüche aus umstrittenen Beitragspflichten im Liquidationsverfahren.

¹²⁶ Zur Auflösung und Fortsetzung der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Eintritt des Ausgleichgrundes vgl. hinten § 11 D VIII 4. b) (184 f.).

V. Treuepflicht

1. Allgemein

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist im Recht der einfachen Gesellschaft nicht ausdrücklich geregelt; aber sie gilt als allgemeiner Grundsatz, den der Gesetzgeber nur in einzelnen Gesetzesbestimmungen, wie z.B. dem Konkurrenzverbot von Art. 536 OR, ausdrücklich konkretisiert hat.¹²⁷ Ohne rechtliche Sanktionen fehlt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der rechtliche Gehalt.¹²⁸ Die Rechtserheblichkeit gewinnt sie durch das Gesellschaftsrecht, d.h. durch die Gesetzesnormen und den Gesellschaftsvertrag. Massgebend sind die Intensität der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen und der Gesellschaftszweck. Die Konkretisierung der Treuepflicht löst die Kollision von Individual- und Gemeininteressen und hilft, die Zweckverfolgung sicherzustellen.¹²⁹

2. Gesellschaftsvertrag

Die Treuepflichten bemessen sich nach dem Gesellschaftsvertrag.¹³⁰ Der Gesellschaftszweck ist auf die Ermöglichung des Kreditgeschäftes begrenzt; die Sanierung des Kreditnehmers ist nicht der gemeinsam vorgestellte Erfolg.¹³¹ Ein darüber hinaus gehendes Vertrauen könnte nur in dem Umfange erweckt werden, als die Erklärungen beim Vertragsschluss auszulegen sind.¹³² Die Banken stimmen aber überein,

¹²⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (§ 8 N.50) 207 f.; WOHLMANN 29; BENZ 26 f. Zur strittigen Frage des Verhältnisses der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu Art. 2 ZGB vgl. V.STEIGER 294 f. m.w.N. und allgemein ZELLER 296 f.

¹²⁸ WOHLMANN 63 f.; vgl. BENZ 25.

¹²⁹ Zur Konfliktlösung vgl. HUBMANN 123 ff.

¹³⁰ WOHLMANN 30; EICHELER 53; HUECK 12 f.

¹³¹ Siehe vorne § 11 C III 1. b) (162 f.).

¹³² CANARIS Vertrauenshaftung 494 f.

dass nur die schriftlich festgelegten Beitragspflichten Inhalt gesellschaftsrechtlicher Verpflichtung sein sollen.¹³³ Treuepflichten bestehen nur in dem Umfange, als sie die Erfüllung der Beitragspflichten unterstützen.¹³⁴ Die von der Literatur entwickelten, umfassenden Treuepflichten¹³⁵ sind entsprechend zu begrenzen.

3. Konkretisierung

a) Informationspflichten

Die vor dem Vertragsschluss bestehenden Informationspflichten sind vorvertraglicher Natur und werden nicht vom Konsortialvertrag näher bestimmt.¹³⁶ Während der Dauer der Gesellschaft bestehen gesellschaftsrechtliche Informationspflichten.¹³⁷ Neues Wissen über den Kreditnehmer berührt eine Grundlage des Gesellschaftsvertrages, d.h. die Wahrscheinlichkeit, mit dem Kreditnehmer in Zukunft das Kreditgeschäft pflegen zu können. Günstige Informationen vermögen die Ueberzeugung der Banken, den angestrebten Zweck zu erreichen, zu bestätigen; ungünstige Informationen stellen die Zweckerreichung in Frage, geben vielleicht Anlass zur Beendigung des Konsortiums. Die gemeinsamen Interessen können vom neuen Wissen derart betroffen sein, dass jede Bank generell verpflichtet ist, die anderen Banken zu informieren.¹³⁸

¹³³ Siehe vorne § 11 B I 1. a) (149) und C II (160 f.).

¹³⁴ Vgl. STAUDINGER/KESSLER N.38 ff., insbes. N.43 Vorbem. zu § 705 BGB; WOHLMANN 68 f.

¹³⁵ Vgl. GLOOR, BENZ und WOHLMANN.

¹³⁶ Siehe vorne § 11 D II 3. (166 f.).

¹³⁷ GAUTSCHI N.22b und 23a ff. zu Art. 400 OR in Verbindung mit N.50a zu Art. 394 OR. Das Kontrollrecht von Art. 541 OR ist enger: vgl. SIEGWART N.2 und 5 ff. zu Art. 541 OR und BENZ 96 ff.

¹³⁸ Vgl. GAUTSCHI N.50a zu Art. 394 OR; DOHM (N.46) 16. Nach BLAISE/FOUCHARD (N.71) 197 f. und (N.64) 195 dagegen beruhen besondere Informationspflichten der geschäftsführenden

b) Aenderungen des Gesellschaftsvertrages

Aus dem Gesellschaftszwecke darf grundsätzlich keine Treuepflicht abgeleitet werden, zur Zweckerreichung Aenderungen des Gesellschaftsvertrages zustimmen zu müssen.¹³⁹ Der Gesellschaftsvertrag legt die Beitragspflichten explizit fest. Deren Begrenzung ist essentieller Vertragsinhalt. Die Banken vertrauen auf die endgültige Begrenzung ihrer Beiträge. Vertragsänderungen sind, anders als bei den auf Erwerb ausgerichteten Gesellschaften,¹⁴⁰ für das Konsortium untypisch. Die Aenderung der Beiträge bedarf, vorbehalten einer anderen, ausdrücklichen Regelung, der Einstimmigkeit.¹⁴¹ Höchstens wenn geringfügige Aenderungen der Beitragsmodalitäten die Zweckerreichung erleichterten, darf eine Treuepflicht zur Abänderung angenommen werden, nicht jedoch für Aenderungen von Höhe, Dauer und Art der Beiträge.¹⁴²

c) Beendigung

Nach Art. 546 II OR darf nicht zur Unzeit und nur in guten Treuen gekündigt werden; ansonsten kann die Kündigung rechtsmissbräuchlich sein.¹⁴³ Darüber hinaus wird postuliert, dass das Kün-

Bank nicht auf einem Gesellschaftsvertrag, sondern nur auf den einzelnen Verträgen zwischen der geschäftsführenden Bank und jedem Konsortialmitglied, d.h. - nach der Terminologie in dieser Arbeit - auf den ergänzenden Schuldverträgen. Vgl. dazu vorne § 11 B II (152 f.) und hinten § 11 E VI (222 f.). BLAISE/FOUCHARD verneinen allerdings überhaupt das Vorliegen einer Gesellschaft (siehe vorne § 11 FN.24).

¹³⁹ A.M. GLOOR 62 ff. und BENZ 119 ff., die die Interessen abwägen wollen.

¹⁴⁰ GLOOR 11 f. sieht bei der Kollektivgesellschaft die maximale Ausprägung der Treuepflicht.

¹⁴¹ Vgl. V.STEIGER 395 f. und vorne § 11 B I 1. a) (149).

¹⁴² Weitergehend BENZ 121 f. HINSCH/HORN 164 ff. nehmen eine Treuepflicht an, nicht vorab Vertragsänderungen kategorisch abzulehnen.

¹⁴³ GAUCH Dauerverträge 58.

digungsrecht generell an die Treuepflicht gebunden sei.¹⁴⁴ Die Weiterführung der Gesellschaft, selbst über eine längere Zeit hin, könne als Gemeininteresse das Individualinteresse des Kündigenden überwiegen.¹⁴⁵ Die Treuepflicht darf die Rechte auf Kündigung, Auflösung und, sofern vertraglich vorbehalten, auf Austritt, jedoch nicht illusorisch machen.¹⁴⁶ Die Geltendmachung dieser Rechte mag aufgrund der Treuepflicht bei Gesellschaften mit dauernder, reger Geschäftstätigkeit hinausgeschoben werden, um z.B. die Abwicklung pendenter Geschäfte zu gestatten.¹⁴⁷ Der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen nützt ein zeitlicher Aufschub wenig. Ihre angestrebte Beendigung oder der Austritt einer Bank stellen die Grundlage der Weiterführung der Gesellschaft in Frage, gleich ob sie früher oder später erfolgen.¹⁴⁸ Die Ausdehnung der gesetzlichen und vertraglichen, zeitlichen und qualitativen Beschränkungen der Kündigung wird durch kein überwiegendes, sinnvolles Gesellschaftsinteresse gedeckt. Die gesetzlichen und allenfalls vertraglichen Beschränkungen genügen.

¹⁴⁴ Dieser Meinung GLOOR 57 ff. und BENZ 112 ff. Zur Treuepflicht vgl. BOLLMANN 32 f.

¹⁴⁵ GLOOR 59 f. BENZ 113 f. verlangt die Zumutbarkeit, mit der Kündigung zu warten.

¹⁴⁶ SIEGWART N.30 zu Art. 547 OR zum zwingenden Charakter der Kündigung aus wichtigem Grund. BENZ 111 zur ordentlichen Kündigung.

¹⁴⁷ Allerdings wäre dies auch im Rahmen der Liquidationsgesellschaft möglich: SIEGWART N.37 zu Art. 547 OR.

¹⁴⁸ Zur Unerreichbarkeit des Zweckes siehe hinten § 11 D VIII 1. b) (180 f.).

VI. Schadenersatz

1. Schadenersatzpflicht

Eine Klage auf Erfüllung in forma specifica ist praktisch sinnlos, weil bis zum Zeitpunkt des Urteils die Gesellschaft durch Kündigung, wegen der Unerreichbarkeit des Zweckes oder aus anderen Gründen aufgelöst sein wird.¹⁴⁹ Die Nicht- oder Schlechterfüllung mag die anderen Gesellschafter schädigen. Die Vertragsverletzung führt wie beim Gentlemen's Agreement¹⁵⁰ zur Haftung des Schädigers. Ein haftungsbegründender Tatbestand ist jedoch nicht nur die Täuschung, sondern auch das abredewidrige Kreditverhalten. Während durch das Gentlemen's Agreement die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen wird,¹⁵¹ schränken die Banken die Haftung beim Konsortialvertrag nicht ein, ausser sie erklären dies ausdrücklich (schriftlich).¹⁵² Weil die Banken nach allgemeiner Erwartung sorgfältig agieren, kommt der Haftungsbestimmung von Art. 538 OR keine besondere Bedeutung zu. Die Haftung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Sorgfaltspflicht.¹⁵³ Gleich wie beim Gentlemen's Agreement besitzen die geschädigten Banken einen direkten Anspruch gegen die haftende Bank.¹⁵⁴ Aber ebenso schwierig wie dort dürfte der Beweis für den adäquaten Kausalzusammenhang zu erbringen sein.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Siehe hinten § 11 D VIII (180 ff.); zur Erfüllungsklage vgl. TSCHUDI 127 ff.; zur Gesellschaftsklage und zur actio pro socio V.STEIGER 377 ff.

¹⁵⁰ Siehe vorne § 10 C II 2. (136 f.).

¹⁵¹ Siehe vorne § 10 C II 2. c) (137).

¹⁵² Zur Bedeutung der Schriftlichkeit für die Auslegung des Vertragsinhaltes siehe vorne § 11 C II (160 f.).

¹⁵³ SIEGWART N.9 f. zu Art. 538 OR; V.STEIGER 405 f.; vgl. auch Art. 3 II c. BankG zu den Anforderungen an die Geschäftsführung.

¹⁵⁴ Siehe vorne § 10 D I 3. b) bb) (142).

¹⁵⁵ Siehe vorne § 10 C II 2. b) (136 f.).

2. Konventionalstrafe

Die Verabredung einer Konventionalstrafe gemäss Art. 160 ff. OR wird in der Praxis nicht erwogen, obwohl die Konventionalstrafe ein geeignetes Mittel wäre, die Nichterfüllung der Beitragspflichten zu sanktionieren.¹⁵⁶ Die Konventionalstrafe träte gemäss Art. 160 I OR an die Stelle des Erfüllungsanspruches. Die Vereinbarung der Kumulation von Konventionalstrafe und Erfüllungsanspruch ist nicht zu vermuten, weil der Sinn der Konventionalstrafe die Vermeidung des Beweisproblems ist.¹⁵⁷ Die Verabredung von direkten Ansprüchen der Banken auf Geldleistung gegen eine vertragsbrüchige Bank liesse, wie beim Schadenersatz, kein Gesellschaftsvermögen entstehen.¹⁵⁸

VII. Organisation

1. Geschäftsführung

Der begrenzte Zweck und das fehlende Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen erübrigen eine besondere Organisation. Die Beitragspflichten sind mit dem Abschlusse des Konsortialvertrages festgelegt.¹⁵⁹ Mit Ausnahme des Austausches von Informationen und Meinungen sowie der allfälligen Ausgleichsleistungen werden keine Geschäfte geführt. Gemäss Art. 535 I OR wird der Gesellschaftsvertrag eine Bank als einzelne Geschäftsführerin be-

¹⁵⁶ Siehe näher bei GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.2463 ff., insbes. N.2489. Im Widerstand gegen die Verabredung von Konventionalstrafen zeigt sich die auch für das Gentlemen's Agreement charakteristische Ueberzeugung der Banken, unter ihnen seien rechtliche Sanktionen nicht unbedingt notwendig.

¹⁵⁷ Für die Vermutung der Kumulation bei Kartellen TSCHUDI 165 f.

¹⁵⁸ Siehe vorne § 11 D VI 1. (177). SIEGWART N.84 zu Art. 530 OR sieht auch bei der Konventionalstrafe nur Ansprüche des Gesellschaftsvermögens.

¹⁵⁹ Siehe vorne § 11 B I 1. a) (149).

stimmen, die für die Weitergabe von Informationen, die Einberufung von Sitzungen und die Ueberwachung von Ausgleichsleistungen zu sorgen hätte. Dabei sollten sich die Banken vorbehalten, unabhängig von der geschäftsführenden Bank und deren Kompetenzbereich Gesellschafterversammlungen einzuberufen und Beschlüsse zu fassen.¹⁶⁰

2. Beschlussfassung

Beschlüsse über die Geschäftsführung sind bei der indirekten Konsortialvereinbarung i.d.R. nicht notwendig; es gibt keine Geschäftstätigkeit, über die Beschluss zu fassen wäre. Einzig Abänderungen des Gesellschaftsvertrages,¹⁶¹ die Auflösung des Konsortiums durch Uebereinkunft¹⁶² und eventuell die Fälligkeit von Ausgleichsleistungen¹⁶³ können Gegenstand eines Beschlusses sein. Weil nur über solche aussergewöhnlichen Gegenstände beschlossen wird, muss eine einfache Mehrheitsklausel, in Abänderung des Einstimmigkeitsprinzips von Art. 534 I OR, für die Vertragsauflösung gelten, ohne dass dies der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsieht.¹⁶⁴ Eine gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklausel wird sich, zumindest teilweise, nicht nach Köpfen, sondern nach der Höhe und der Sicherstellung der Kreditengagements richten.¹⁶⁵ Während das Mehrheitsprinzip für die Auflösung denkbar ist, werden die Banken in bezug auf Aenderungen

¹⁶⁰ Vgl. hinten § 11 F IV (228 f.) zur Organisation des Konsortiums als Aussengesellschaft.

¹⁶¹ V.STEIGER 395 f.; SIEGWART N.9 zu Art. 534 OR.

¹⁶² SIEGWART N.13 f. zu Art. 547 OR.

¹⁶³ Siehe vorne § 11 D IV 2. b) (171 f.).

¹⁶⁴ Die h.L. schränkt sonst den Bereich gewöhnlicher Mehrheitsklauseln ein: SIEGWART N.9 zu Art. 534 OR und N. 13 f. zu Art. 547 OR ; V.STEIGER 395 und 455; STAUDINGER/KESSLER N.48 zu § 705 BGB. BECKER N.16 zu Art. 545 OR und SCHMIDLIN 20 verlangen für die Auflösung immer Einstimmigkeit, weil das Gesellschaftsverhältnis als solches (vertraglich) aufgehoben werde.

¹⁶⁵ Vgl. SIEGWART N.8 zu Art. 534 OR.

§ 11 D VII 2.

des Gesellschaftsvertrages, d.h. der Beitragspflichten, eher auf dem Einstimmigkeitsprinzip beharren.¹⁶⁶

VIII. Beendigung

1. Zweckerreichung

a) Erreichbarkeit des Zweckes

Der Gesellschaftsvertrag verpflichtet die Banken i.d.R., ihre Beitragsleistungen, die besondere Gestaltung ihrer Kreditbeziehungen, nicht nur einmal zu erbringen, sondern fortzusetzen. Der Gesellschaftszweck, die Ermöglichung des Kreditgeschäftes, ist nicht erreichbar im Sinne von Art. 545 I Ziff. 1 OR, sondern Daueraufgabe, Dauerzweck.¹⁶⁷ Das für die reine Innengesellschaft typische Stillhalte- oder Sanierungskonsortium bezweckt nicht die Sanierung des Kreditnehmers.¹⁶⁸ Der Gesellschaftszweck der Sanierung, mit dessen Verwirklichung die Gesellschaft sich auflöste, müsste ausdrücklich vereinbart werden.

b) Unerreichbarkeit des Zweckes

Nur die dauernde, objektive Unmöglichkeit, durch die konsortiale Bindung der Banken mit eine Voraussetzung für das Kreditgeschäft mit dem Kreditnehmer zu schaffen, führt wegen der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes gemäss Art. 545 I Ziff. 1 OR zur Auflösung der Gesellschaft.¹⁶⁹ Ein objektiver Auflösungsgrund ist der Konkurs des Kreditnehmers. Der Ausfall einer Beitragsleistung verunmöglicht die

¹⁶⁶ Vgl. HINSCH/HORN 164 f.

¹⁶⁷ STAUDINGER/KESSLER N.3 zu § 726 BGB; vgl. SAXER 47.

¹⁶⁸ Siehe vorne § 11 C III 1. b) (162 f.).

¹⁶⁹ Vgl. SIEGWART N.2 zu Art. 545/7 OR.

Zweckerreichung, wenn jene eine wesentliche Voraussetzung für die Ermöglichung des Kreditgeschäftes ist, d.h. wenn der Ausfall die Illiquidität des Kreditnehmers herbeiführt.¹⁷⁰ Verschlechtert der Ausfall bloss die Voraussetzungen für das Kreditgeschäft, ohne dass die Existenz des Kreditnehmers gefährdet wird, ist er aber eventuell ein wichtiger Grund zur Kündigung.¹⁷¹ Ebenso kann eine Vertragsverletzung des Kreditnehmers in bezug auf seine Kreditbeziehung mit den Banken nur ein wichtiger Grund zur Kündigung sein.¹⁷² Das Kreditgeschäft ist immer noch möglich.

2. Kündigung

a) Ordentliche Kündigung

Ohne vertragliche Befristung¹⁷³ ist das Konsortium eine Gesellschaft auf unbestimmte Dauer. Art. 546 I OR gibt den Banken ein Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten. Wenn die Banken es beim Einstimmigkeitsprinzip belassen haben,¹⁷⁴ könnte eine einzelne Bank gegen den Willen aller anderen Banken auf der Fortsetzung des Konsortiums während dieser sechs Monate beharren. Diese Unflexibilität steht im Gegensatz zu eventuell sich rasch ändernden Umweltbedingungen, soweit diese keinen wichtigen Grund zur ausserordentlichen Kündigung bilden.¹⁷⁵ Die Banken sollten deshalb entweder das Mehrheitsprinzip im Gesellschaftsvertrag vorsehen, eine kür-

¹⁷⁰ SCHMIDLIN 12 verweist auf die Erfüllungsklage, die beim Konsortium aber wenig Sinn hat (siehe vorne § 11 D VI 1. (177), und auf die Auflösung aus wichtigem Grund.

¹⁷¹ V.STEIGER 375; MUELLER R. 126; siehe hinten § 11 D VIII 2. b) (182 f.).

¹⁷² Siehe hinten a.a.O.; BGE 24 II 201 ff. E.3 f.

¹⁷³ Art. 545 I Ziff. 5 OR; siehe hinten § 11 D VIII 3. (183).

¹⁷⁴ Siehe zur Beschlussfassung vorne § 11 D VII 2. (179 f.).

¹⁷⁵ Siehe unten.

zere Kündigungsfrist, z.B. zwei Wochen,¹⁷⁶ oder ein fristloses Kündigungsrecht beim Eintritt bestimmter, äusserer Tatbestände vereinbaren.¹⁷⁷

b) Ausserordentliche Kündigung

Ein wichtiger Grund gibt den Banken gemäss Art. 545 I Ziff. 7 OR das zwingende Recht zur Auflösungsklage.¹⁷⁸ Er äussert sich in der Unzumutbarkeit für den klagenden Gesellschafter, die Gesellschaft fortzusetzen: Die "wesentlichen Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Art, unter welchen der Vertrag geschlossen wurde," entfallen.¹⁷⁹ Die Nichterfüllung oder die nicht unerheblich mangelhafte Erfüllung der Beitragspflichten erschüttern das notwendige Vertrauen unter den Gesellschaftern. Eine Weiterführung des Konsortiums ist unzumutbar.¹⁸⁰ Die Verletzung einer kreditvertraglichen Verpflichtung durch den Kreditnehmer vermindert oder zerstört das Vertrauen der betroffenen Banken in seine Bonität. Zwar ist das Kreditgeschäft nicht objektiv unmöglich geworden, doch fällt eine wesentliche, allen Banken gemeinsame Grundlage für den Abschluss des Konsortialvertrages hin: Die Banken schliessen den Konsortialvertrag nur unter der Voraussetzung ab, ein ordnungsgemäss sich abwickelndes Kreditgeschäft zu ermöglichen; erhebliche Störungen in einer Kreditbeziehung sind für alle Banken ein wichtiger Grund zur Kündigung.¹⁸¹ Zwischen Zumutbarkeit

¹⁷⁶ SIEGWART N.22 zu Art. 547 OR fordert bei Gesellschaften mit einem starken Vertrauensverhältnis ein Kündigungs- oder Austrittsrecht ohne Frist und ohne Rechtsnachteile. Vgl. BGE 48 II 442 f. E.3 zu einer Gesellschaft zwecks Durchführung einer Strafklage.

¹⁷⁷ SIEGWART N.19 zu Art. 547 OR.

¹⁷⁸ V.STEIGER 459.

¹⁷⁹ ZR 44, 106; BGE 23, 655 E.4.

¹⁸⁰ FRAEFEL 79; SAXER 43 f.; MUELLER R. 126.

¹⁸¹ Vgl. SAXER 45 f.

und Unzumutbarkeit, Erreichbarkeit und Unerreichbarkeit des Zweckes ist oft schwer zu unterscheiden. Zudem ist eine gerichtliche Klage nicht erwünscht.¹⁸² Deswegen ist es von Vorteil, wenn die Banken beim Eintritt bestimmter äusserer Tatbestände, z.B. des Verzuges des Kreditnehmers, ein fristloses, ordentliches Kündigungsrecht oder die Auflösung der Gesellschaft¹⁸³ verabreden.

3. Andere Gründe

Die Gesellschaft wird durch den Eintritt der Handlungsunfähigkeit eines Gesellschafters¹⁸⁴ und durch Uebereinkunft¹⁸⁵ aufgelöst. Der Gesellschaftsvertrag kann für das Zustandekommen des Auflösungsbeschlusses das Mehrheitsprinzip vorsehen.¹⁸⁶ Anstelle des fristlosen ordentlichen Kündigungsrechtes beim Eintritt bestimmter, äusserer Tatbestände¹⁸⁷ kann der Gesellschaftsvertrag direkt die Auflösung beim Eintritt der Resolutivbedingung vorsehen.¹⁸⁸ Schliesslich ist gemäss Art. 545 I Ziff. 5 OR die Befristung der Gesellschaftsdauer möglich.¹⁸⁹

¹⁸² Die Banken können allerdings verabreden, dass eine Kündigung aus wichtigem Grunde direkt zur Auflösung führt: BGE 74 II 172.

¹⁸³ Siehe unten.

¹⁸⁴ Art. 545 I Ziff. 3 OR.

¹⁸⁵ Art. 545 I Ziff. 4 OR.

¹⁸⁶ SIEGWART N.13 f. zu Art. 547 OR; vgl. vorne § 11 D VII 2. (179 f.).

¹⁸⁷ Siehe vorne § 11 D VIII 2. a) (181 f.).

¹⁸⁸ V.STEIGER 461.

¹⁸⁹ Vgl. SCHMIDLIN 25 f.

4. Auflösung und Fortsetzung

a) Grundsatz

Die endgültige Auflösung des Konsortiums kann durch seine Fortsetzung mit den Banken, die immer noch an Konsortialvereinbarungen festhalten wollen, vermieden werden. Weil kein Gesellschaftsvermögen liquidiert werden muss, spielt es keine Rolle, ob das Konsortium aufgelöst und fortgesetzt, oder ein neuer Konsortialvertrag geschlossen wird. Das Problem der Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglich nicht geregelten Fortsetzung stellt sich nicht. Eine vertragliche Fortsetzungsklausel ist nicht notwendig.¹⁹⁰

b) Ausgleichspflichten

Die Auflösung des Konsortiums entbindet alle Banken, seine Fortsetzung die ausscheidende Bank, von der Pflicht zu einem bestimmtem Kreditverhalten. Die wiedergewonnene Freiheit rechtfertigt den Weiterbestand der Ausgleichspflichten nicht. Die Ausgleichspflicht soll nur die Nachteile der konsortialen Bindung angesichts der unterschiedlichen Kreditrisiken ausgleichen.¹⁹¹ Wenn mit dem Auflösungsgrund Ausgleichsleistungen fällig werden,¹⁹² sind die Ausgleichsforderungen Gegenstand der internen Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern im Rahmen des Liquidationsverfahrens. Die Liquidation betrifft nur die Abwicklung der individuellen Schuldverhältnisse, bzw. der in ihnen verkörperten, gesellschaftsrechtlichen, direkten Ansprüche der ausgleichsberechtigten gegen die ausgleichspflichtigen Ban-

¹⁹⁰ Vgl. SIEGWART N.38 ff. zu Art. 547 OR und vorne § 11 C III 2. (163 f.); BGE 94 II 121 E.b.

¹⁹¹ Siehe vorne § 11 D IV 1. (169 ff.).

¹⁹² Z.B. beim Konkurse des Kreditnehmers; siehe vorne § 11 D IV 2. b) (171 f.).

ken.¹⁹³ Endet das Konsortium, ohne dass sich ein Ausgleichsgrund verwirklicht hat, entstehen auch keine Ausgleichsforderungen und fällt die Liquidation oder die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters dahin.

IX. Stellung von Dritten

1. Kreditnehmer

a) Problemstellung

Der Einbezug des Kreditnehmers in die Konsortialverhandlungen und in den Konsortialvertrag birgt die Gefahr in sich, dass gegen den Willen der Banken die rechtlichen Regelungen der einzelnen Kreditbeziehungen gemäss den Konsortialabreden abgeändert werden, weil sein Mitwirken als Abschluss eines Vertrages zwischen ihm und dem Konsortium, oder als Modifikation der einzelnen kreditvertraglichen Beziehungen ausgelegt wird.¹⁹⁴ Die Auslegung richtet sich nach dem Vertrauensprinzip: Wie durfte der Kreditnehmer die Erklärungen der Banken, bzw. der diese vertretenden geschäftsführenden Bank,¹⁹⁵ über ihr Kreditverhalten im Konsortium verstehen? Durfte er annehmen, Erklärungen seien an ihn gerichtet?¹⁹⁶

¹⁹³ Nach BGE 59 II 419 gelten in der Liquidation besondere, gesellschaftsrechtliche Abreden über die Beschlussfassung (Mehrheitsprinzip) nicht. Das ist hier nicht von grosser Bedeutung, weil die Ausgleichspflichten bestimmbar sind: siehe vorne § 11 D IV 2. a) und b) (171 f.).

¹⁹⁴ Vgl. BLAISE/FOUCHARD (N.33) 176, die beim Eurokredit von der Integration der Syndikats- in die Darlehensbeziehungen sprechen.

¹⁹⁵ Siehe vorne § 11 C I (160).

¹⁹⁶ Vgl. SCHOENENBERGER/JAEGGI N.181 und 192 zu Art. 1 OR.

b) Auslegung der Mitwirkung

Die rechtliche Trennung der Kreditbeziehungen¹⁹⁷ legt die Vermutung nahe, die Banken wollten sich nie gemeinsam und solidarisch verpflichten, sondern dem Kreditnehmer sollten immer nur Rechte und Pflichten in der jeweiligen Kreditbeziehung zustehen. Der Kreditnehmer muss erkennen, dass sich die Banken ihm gegenüber nur getrennt und nicht gemeinsam verpflichten wollen. Das Konsortium ist nur Innengesellschaft, nicht Aussengesellschaft.¹⁹⁸ Das Konsortium ist allerdings nur in dem Sinne reine Innengesellschaft, als keine rechtlichen Beziehungen nach aussen angeknüpft werden. Faktisch besteht ein Aussenverhältnis. Ein Vertrag zugunsten Dritter fällt ausser Betracht wegen der Rechtsnatur der Beitragspflicht.¹⁹⁹ Die Erklärungen der Banken gegenüber dem Kreditnehmer, ein bestimmtes konsortiales Verhalten einzuhalten, bewirken aber eventuell eine entsprechende rechtliche Aenderung der einzelnen Kreditbeziehung, wenn der Kreditnehmer an den Konsortialverhandlungen teilgenommen und am Abschlusse des Konsortialvertrages, namentlich durch seine Unterschrift auf dessen Urkunde, mitgewirkt hat. Der Kreditnehmer glaubt sich, zu Recht, in eine rechtliche Gestaltung der Kreditbeziehungen einbezogen. Die Erklärung einer Bank, sich gemäss den Konsortialabreden zu verhalten, darf er auch als ihre gleichzeitige Erklärung an ihn verstehen, in ihrer Kreditbeziehung sich ebenso zu verhalten. Die Kreditbeziehung wird rechtlich neu gestaltet. In diesem Falle tun die Banken gut daran, die Kündigungs- und Auflösungsregeln des Konsortialvertrages so abzufassen, dass sie sich jederzeit der besonderen, durch

¹⁹⁷ Siehe vorne § 11 A II 2. a) (147 f.) und D I (165).

¹⁹⁸ Vgl. SIEGWART N.82 f. Vorbem. zu Art. 530 - 551 OR.

¹⁹⁹ Siehe vorne § 11 D III 2. b) (168 f.).

den Abschluss des Konsortialvertrages hervorgerufenen, abgeänderten kreditvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kreditnehmer entledigen können.²⁰⁰ Wenn der Kreditnehmer um die jederzeitige Auflösbarkeit des Konsortiums weiss, hat er keine besonderen, durch den Konsortialvertrag mittelbar bewirkten Rechte auf eine Fortsetzung des konsortialiter verabredeten Kreditverhaltens. Die Banken können auch explizit in den Konsortialvertrag aufnehmen, dass die einzelnen Kreditbeziehungen nicht davon betroffen seien und sie jederzeit das Konsortium und dessen Verpflichtungen durch Uebereinkunft aufheben könnten. Eine weitere Möglichkeit ist das Aufsetzen getrennter Urkunden,²⁰¹ falls die Banken den Kreditnehmer nicht überhaupt von den Konsortialverhandlungen und dem Abschluss des Konsortialvertrages ausschliessen wollen.

2. Drittgläubiger

Die Stellung der Drittgläubiger des Kreditnehmers beurteilt sich wie beim Gentlemen's Agreement, bzw. der rechtsausschliessenden Vereinbarung.²⁰²

²⁰⁰ Z.B. durch die fristlose Auflösung kraft Beschluss; vgl. vorne § 11 D VIII 3. (183) und 2. a) (181 f.).

²⁰¹ Vgl. vorne § 11 C III 1. b) (162 f.).

²⁰² Siehe vorne § 10 E (146) und § 9 D (117 f.).

E GESELLSCHAFT MIT ERGAENZENDEN SCHULDVERTRAEEN
(KONSORTIALKREDIT)

I. Allgemein

1. Zweck

Die gemeinsamen Interessen der Banken liegen in der Koordinati-
on der einzelnen Kreditbeziehungen. Die Banken nehmen die Rechte
oder Pflichten aus ihren Kreditbeziehungen ganz oder teilweise, zumin-
dest faktisch, nicht mehr selbst wahr.²⁰³ Die Ueberlassung der Wahr-
nehmung an die geschäftsführende Bank oder an einen Dritten erfolgt
durch Schuldverträge, zu deren Abschluss der Gesellschaftsvertrag die
Banken verpflichtet.²⁰⁴ Die stärkste Form direkt wirkender Konsortial-
vereinbarungen ist der wirtschaftliche Einheitskredit, der sogenannte
Konsortialkredit, von dem hier ausgegangen wird.

2. Verhältnis zur Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinba-
rungen

Die Abreden der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen,
bzw. auf direkt wirkende Konsortialvereinbarungen,²⁰⁵ schliessen die
Abreden indirekter Konsortialvereinbarungen²⁰⁶ mit ein. Der Informati-
onsaustausch vor dem Abschluss des Konsortialvertrages und während
dessen Abwicklung, die Einhaltung der Treuepflicht sind Vorausset-
zungen dafür, dass die Banken im gegenseitigen Vertrauen die konsor-
tiale Bindung eingehen und aufrechterhalten. Ohne Abreden über das

²⁰³ Siehe vorne § 11 A II 2. b) (148).

²⁰⁴ Vgl. vorne § 11 B II (152 f.).

²⁰⁵ Siehe vorne § 8 C (92 ff.) und § 11 A II 2. b) (148).

²⁰⁶ Siehe vorne § 8 B (87 ff.), § 11 A II 2. a) (147 f.) und aus-
führlich § 11 D (165 ff.) zur Innengesellschaft auf indirekte
Konsortialvereinbarungen.

Kreditverhalten und, eventuell, den Ausgleich von Verlusten sind direkte Konsortialvereinbarungen funktionsunfähig. Soweit die Ausgestaltung der Schuldverträge nicht Abweichungen der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen bedingt, gelten die Regeln der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen auch für die Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen. Die Abweichungen heben diese Regeln nicht ersatzlos auf; vielmehr verlangen die Erfordernisse direkter Konsortialvereinbarungen nach einer Verstärkung oder Ergänzung der gesellschaftlichen Ordnung.²⁰⁷ Dies als Folge der stärker nach aussen hin orientierten Gesellschaft.²⁰⁸

II. Konsortialkredit

1. Allgemein

a) Zweck

Der Zweck des Konsortialkredites ist die Gewährung eines wirtschaftlich einheitlichen Kredites, i.d.R. eines Grosskredites.²⁰⁹ Der Konsortialvertrag teilt jeder Bank eine Quote am Konsortialkredit zu. Daraus darf nach dem Willen der Banken nicht geschlossen werden, die Banken gewährten gemeinsam als Konsortium einen auch rechtlich einheitlichen Kredit.²¹⁰ Die Banken wollen kein Gesellschaftsvermögen bilden.²¹¹ Jede Bank will Trägerin von ihr allein zukommenden kreditver-

²⁰⁷ Vgl. SCHLUEP Unternehmen 378 ff.

²⁰⁸ Zum Verhältnis von Innen- und Aussengesellschaft siehe hinten § 11 G II (230 f.).

²⁰⁹ Siehe vorne § 7 B I 2. (72) und II 2. a) (73 f.); zur technischen Abwicklung vgl. DOHM (N.9 ff.) 10 ff., STORCK 529 ff. und euro-crédits, expériences (zit. bei BROWN).

²¹⁰ In den Vertragsurkunden wird dies oft zuwenig deutlich festgehalten.

²¹¹ Früher waren die Banken aus steuerlichen Gründen gezwungen, bei Konsortien mit mehr als drei Mitgliedern Gesamthandsvermögen zu bilden. Nach einer Praxisänderung der Eidgenössischen

§ 11 E II 1. a)

traglichen Rechten und Pflichten sein.²¹² Die gesellschaftsrechtliche Quotenregelung soll nur die Höhe, Art und Weise der rechtlich getrennten Kreditgewährungen der Banken an den Kreditnehmer bestimmen, gleich wie die Abreden auf indirekte Konsortialvereinbarungen.²¹³ Einerseits werden, durch Abreden über das Kreditverhalten, die Höhe, Art und Weise der Kreditgewährungen in den Kreditverträgen rechtlich identisch gestaltet, andererseits wird die Erfüllung der Kreditverträge, z.B. Aus-, Zins- und Rückzahlungen, durch direkt wirkende Konsortialvereinbarungen, d.h. durch ergänzende Schuldverträge zentralisiert, um die technische Abwicklung zu vereinfachen, insbesondere die Kontrolle über die Kreditbeziehungen zu gewährleisten.

b) Berechtigung und Verpflichtung der Banken am Konsortialkredit

aa) Abgrenzung zum Gesellschaftsvermögen

Nach heute h.L. gibt es im schweizerischen Recht kein "Miteigentum" an Forderungen.²¹⁴ Ein gemeinschaftliches "Eigentum" an Forderungen ist nur in einem Gesamthandsverhältnis möglich, wie es ja für das Vermögen der einfachen Gesellschaft vermutet wird.²¹⁵ Eine Gesamtberechtigung der Banken an einem rechtlich einheitlichen Konsor-

Steuerverwaltung ist dieses Hindernis weggefallen, sofern nicht mehr als zehn Nichtbanken am Konsortium beteiligt sind. Vgl. dazu SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG.

²¹² STORCK 531 f.; DOHM (N.31 ff.) 14; siehe vorne § 11 B II 1. (152). Die solidarische Haftung ist gemäss Art. 544 III OR ausschliessbar und wäre kein Grund gegen ein Gesellschaftsvermögen. BROWN 169. Vgl. BLAISE/FOUCHARD (N.8 f.) 158 ff., die ausdrücklich auf die Gefahr solidarischer Verpflichtung und auf deren gewollten Ausschluss hinweisen.

²¹³ Siehe vorne § 11 D III (167 ff.) und E I 2. (188 f.).

²¹⁴ MEIER-HAYOZ N.25 Vorbem. zu Art. 646 - 654 ZGB m.w.N.; a.M. ZOBL Gesamthandschaften 17 f. und ders. N.29 zu Art. 884 ZGB.

²¹⁵ Art. 544 I OR; MEIER-HAYOZ N.23 und 30 zu Art. 652 ZGB.

tialkredit widerspricht aber ihrem Willen, jeweils allein Berechtigte aus ihren Quoten am Konsortialkredit zu sein.²¹⁶ Doch auch eine Mitberechtigung an Forderungen nützte wenig.²¹⁷ Wohl könnten die Banken gemäss Art. 646 III ZGB über ihren "Miteigentumsanteil" verfügen. Gegenüber dem Kreditnehmer müssten sie aber gemeinsam auftreten. Eine Verfügung über den Konsortialkredit wäre nur gemeinschaftlich möglich.²¹⁸ Ebenso schmälerte die Einbringung "quoad sortem" die rechtlich selbständige Position der Banken.²¹⁹

bb) Alleinberechtigung jeder Bank

Die Banken wollen einerseits einen wirtschaftlich einheitlichen Kredit, andererseits z.B. ihre Kreditquote notfalls selber verwerten können, ohne dass vorher eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter den Banken notwendig ist. Wenn die Banken rechtlich getrennt Kredit gewähren, ist jede Bank allein aus ihrem Kreditvertrag mit dem Kreditnehmer berechtigt und verpflichtet.²²⁰ Ergänzende Schuldverträge, d.h. direkt wirkende Konsortialvereinbarungen, ermöglichen die synchrone Abwicklung der Kredite.²²¹ Diese Konsortialvereinbarungen sind gesellschaftsrechtliche Beitragspflichten des Konsortiums als einfache Gesellschaft.²²²

²¹⁶ DOHM (N.32 ff.) 14.

²¹⁷ A.M. offenbar DOHM (N.30) 14.

²¹⁸ SCHOLZE (1.Teil I C) 13; MEIER-HAYOZ N.25 zu Art. 648 ZGB.

²¹⁹ Vgl. vorne § 11 D III 2. b) (168 f.).

²²⁰ SCHOLZE (1.Teil I C) 12 f.

²²¹ ULMER N.29 f. Vorbem. zu § 705 BGB nennt dies wegen des fehlenden Gesellschaftsvermögens einen "unechten" Konsortialkredit.

²²² Vgl. vorne § 11 B II 2. (152 f.). DOHM (N.35 ff.) 14 ff. sieht die Möglichkeit eines Konsortialkredites aufgrund einer einfachen Gesellschaft ohne eigenes Vermögen, aber mit auf ihr gründenden ergänzenden Schuldverträgen nicht. Sein von BROWN 177 übernommener "contrat de cooperation sui generis" ist aber m.E. nichts anderes als die hier dargestellte einfache

c) Allgemeine Ausgestaltung direkt wirkender Konsortialvereinbarungen

Die fiduziarische Rechtsübertragung von den Banken auf die geschäftsführende Bank taugt nicht für den Konsortialvertrag. Die Banken wollen allein an ihren Quoten am Konsortialkredit berechtigt bleiben und ihre Rechte weder an das Konsortium noch an einen Dritten oder die geschäftsführende Bank übertragen. Die Banken gehen indessen ihrer Rechte und Pflichten nicht verlustig, wenn sie einen Dritten, die geschäftsführende Bank als Hilfsperson, direkten Stellvertreter, Beauftragten einsetzen. Wenn alle Banken dafür die gleiche Person wählen, kann diese für die Banken gleichzeitig, mit rechtlich getrennter Wirkung für jede Bank tätig sein. Faktisch besteht eine Kreditgewährung zwischen den Banken als Konsortium und dem Kreditnehmer.

2. Kredite mit Darlehenscharakter

a) Darlehen²²³

aa) Erfüllung der Schuld der Banken

Die Banken und der Kreditnehmer vereinbaren in den einzelnen Kreditverträgen, dass die Darlehenssummen ihm bei der geschäftsführenden Bank zur Verfügung gestellt werden.²²⁴ Erst wenn die Wertsummen bei der geschäftsführenden Bank liegen, hat der Kreditnehmer darüber die Verfügungsmacht, und haben die Banken ihre Schuld er-

Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen. Ein "neuer" gesellschaftsrechtlicher Innominatkontrakt ist nicht notwendig, und wäre zudem unzulässig wegen des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen (V.STEIGER 239 ff. m.w.N.).

²²³ Der Festkredit, eventuell in Tranchen abrufbar, ist die häufigste Form des Konsortialkredit.

²²⁴ SCHOLZE (3. Teil II A) 104; vgl. SCHOENLE Bankrecht (§ 12 II 3. a) 1. a)) 173.

füllt.²²⁵ Jede Bank weist die geschäftsführende Bank an, dem Kreditnehmer Geld zur Verfügung zu stellen. Diese Anweisung nach Art. 466 OR korrespondiert mit dem Auftrag der einzelnen Banken an die geschäftsführende Bank, die Anweisung anzunehmen und den Kreditnehmer zu benachrichtigen.²²⁶ Der Auftrag, das Deckungsverhältnis der Anweisung, ist ein ergänzender Schuldvertrag.²²⁷ Der einzelne Kreditvertrag bildet das Valutaverhältnis zwischen der einzelnen Bank und dem Kreditnehmer.²²⁸

Wenn die Darlehenssummen dem Kreditnehmer nicht bei der geschäftsführenden Bank, sondern bei den einzelnen Banken zur Verfügung gestellt werden, handelt es sich diesbezüglich nicht mehr um einen Konsortialkredit, sondern um eine Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.²²⁹

bb) Erfüllung der Zins- und Rückzahlungsschuld

aaa) Allgemein

Wie die Auszahlungen laufen auch die Zins- und Rückzahlungen über die geschäftsführende Bank,²³⁰ und sind direkte Zahlungen des Kreditnehmers an die Banken Gegenstand indirekter Konsortialverein-

²²⁵ Siehe vorne § 3 A I (10); vgl. vorne § 8 C III 2. b) aa) (95 f.).

²²⁶ Vgl. KLEINER AGB 40 f. (Auftraggebender Kunde ist hier die einzelne Bank.).

²²⁷ Siehe vorne § 11 B II (152 f.). HINSCH/HORN 160 vermuten, dass die Kreditmittel selber als gesellschaftsrechtliche Beitragspflicht geschuldet sind, und dass das Gegenteil ausdrücklich verabredet sein müsste. Diese m.E. unzutreffende Vermutung führt aber dazu, dass Gesellschaftsvermögen gebildet wird (dies. 173), was m.E. nicht notwendig ist.

²²⁸ Vgl. GAUTSCHI N.3d Vorbem. zu Art. 466 - 471 OR.

²²⁹ Siehe vorne § 11 D III 2. (167 ff.). SCHOLZE (3.Teil II A) 104 f. spricht vom echten und unechten Konsortialkredit.

²³⁰ SCHOLZE (3.Teil II A) 105. Zur "sharing clause" vgl. HINSCH/HORN 167 ff.

barungen.²³¹ Für die Zahlungen des Kreditnehmers sind zwei rechtliche Konstruktionen in Betracht zu ziehen:

bbb) Zahlungsauftrag des Kreditnehmers

Der Kreditnehmer weist mit "einem" Zahlungsauftrag die geschäftsführende Bank an, an die Banken zu zahlen.²³² Das Deckungsverhältnis besteht im Zahlungsauftrag, das Valutaverhältnis in den einzelnen Kreditverträgen. Der äusserlich einheitliche Zahlungsauftrag enthält, rechtlich gesehen, einzelne Zahlungsaufträge zugunsten jeder Bank. Wegen des fixen Verhältnisses der Quoten am Konsortialkredit ist bei Teilzahlungen die Höhe der einzelnen Zahlungsaufträge bestimmbar, sodass die Erklärung der Gesamthöhe durch den Kreditnehmer an die geschäftsführende Bank bei der Erteilung des Zahlungsauftrages genügt.²³³ Der Kreditnehmer schuldet die Erteilung des Zahlungsauftrages aufgrund der rechtlich identischen Regelung der Zahlungsmodalitäten in den einzelnen Kreditverträgen. Die geschäftsführende Bank muss den Zahlungsauftrag entgegennehmen aufgrund des Gesellschaftsvertrages unter den Banken.²³⁴

ccc) Zahlung an die geschäftsführende Bank als Stellvertreterin

Die geschäftsführende Bank nimmt vom Kreditnehmer eine globale Zahlung entgegen. Deren Aufteilung auf die einzelnen Banken ist vorherbestimmt.²³⁵ Obwohl die geschäftsführende Bank deshalb bei der Entgegennahme der Zahlung keine Rechtshandlungen vornimmt und nur

²³¹ Siehe oben.

²³² Vgl. KLEINER AGB 40 f.

²³³ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.149 zu Art. 1 OR zur Erklärung durch Verweis.

²³⁴ Siehe hinten § 11 E V 1. a) (219 f.) zum Auftrag als ergänzendem Schuldvertrag.

²³⁵ Siehe oben.

die Funktionen einer Gehilfin, Empfangsbotin ausübt, ist sie auch direkte Stellvertreterin jeder Bank. Die Banken beauftragen sie nicht nur mit der Entgegennahme, sondern auch mit der Einziehung; sie beauftragen die geschäftsführende Bank, für sie rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und Rechtshandlungen vorzunehmen in dem Masse, als es die zentrale Verwaltung des Konsortialkredites erfordert.²³⁶ Der Gesellschaftsvertrag verpflichtet jede Bank, der geschäftsführenden Bank eine Inkassovollmacht zu erteilen, die geschäftsführende Bank, den damit verbundenen Auftrag zu übernehmen.²³⁷ Für den Kreditnehmer ist die geschäftsführende Bank für seine Zahlungen die allein empfangszuständige wegen der identischen Regelung der Zahlungsmodalitäten in allen Kreditverträgen.²³⁸

ddd) Stellung der geschäftsführenden Bank

Die geschäftsführende Bank vertritt allgemein die Banken gegenüber dem Kreditnehmer.²³⁹ Sie ist zudem selbst Mitglied des Konsortiums. Sie wahrt die eigenen Interessen und diejenigen der übrigen Konsortialbanken. Es wäre systemfremd, die geschäftsführende Bank für die Zahlungen des Kreditnehmers als dessen Beauftragte zu qualifizieren. Unter den Konsorten herrscht ein engeres Vertrauensverhältnis als zwischen der geschäftsführenden Bank und dem Kreditnehmer. Es wäre falsch, Störungen in der Zahlungsabwicklung in diesem statt in jenem Verhältnis zu regulieren. Deshalb erfüllt der Kreditnehmer

²³⁶ Zum Unterschied von Bote und direktem Stellvertreter vgl. OSER/SCHOENENBERGER N.7 ff. Vorbem. zu Art. 32 - 40 OR und V.TUHR/PETER (§ 41 I 2.) 349 ff.

²³⁷ Vgl. V.TUHR/ESCHER (§ 58 II) 17 f.

²³⁸ Die Zahlungsmodalitäten sind nach dem Willen der Beteiligten essentialia, weil sie Voraussetzungen für die ordnungsgemässe Abwicklung der Kredite sind. Vgl. BGE 71 II 270 f.

²³⁹ Vgl. hinten § 11 E V 1. a) (219 f.).

§ 11 E II 2. a)

schon mit der Zahlung an die geschäftsführende Bank als Vertreterin der Banken,²⁴⁰ und nicht erst dann, wenn die geschäftsführende Bank seinen Zahlungsauftrag besorgt hat.²⁴¹

b) Akzeptkredit

aa) Allgemein

Der Akzeptkredit ist ein Darlehen. Der Darlehensvaluta entspricht das Akzept, der Rückzahlung die Anschaffung.²⁴² Eine Bank wird vermutlich nur einen auf sie gezogenen Wechsel akzeptieren, der die Unterschrift des ihn ausstellenden Kreditnehmers trägt. Ein Blankoakzept birgt das Risiko in sich, dass nachher eine andere Person als der Kreditnehmer den Wechsel als Aussteller unterzeichnet. Die Bestimmtheit der Person des Ausstellers, bzw. dessen Bonität, ist eine vertragswesentliche Voraussetzung für die Gewährung eines Akzeptkredites.²⁴³ Die Banken lassen sich deshalb über die geschäftsführende Bank vom Kreditnehmer nur von ihm bereits unterzeichnete Wechsel zukommen. Es ist denkbar, dass der Kreditnehmer die bezogene Bank und die Wechselsumme noch nicht auf dem von ihm unterschriebenen Wechsel einsetzt, und dies zu tun der geschäftsführenden Bank überlässt.²⁴⁴ Doch wie die Banken keine Blankoakzepte begeben wollen, so wird der Kreditnehmer, soweit dies möglich ist,²⁴⁵ sich als Aussteller nur wechselrechtlich verpflichten wollen, wenn Bezogener und Wechselsumme schon feststehen. Sonst trägt er das Risiko, dem gutgläubigen

²⁴⁰ V.TUHR/ESCHER (§ 58 II FN.5) 17.

²⁴¹ Zur Kontroverse über den Zeitpunkt der Erfüllung bei Banküberweisungen GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.1445 f. m.w.N.

²⁴² Siehe vorne § 3 C (12 ff.).

²⁴³ Vgl. OPPIKOFER 45; vgl. BGE 88 III 99 zum Arrest auf Blankoakzepten nach deutschem Recht.

²⁴⁴ Vgl. BGE 89 II 343 zum Blankowechsel.

²⁴⁵ Zur (Akzept-) Kreditlimite siehe hinten § 11 E II 5. (201 ff.).

Erwerber eines abhanden gekommenen, nachträglich ergänzten Blankowechsels zu haften.²⁴⁶

bb) Begebung zum Akzept

Die rechtlich getrennten Akzeptkreditverträge berechtigen den Kreditnehmer, Wechsel mit bestimmter Höhe und Fälligkeit auf die einzelnen Banken zu ziehen.²⁴⁷ Die Wechsel stellt er der geschäftsführenden Bank zu, die sie den einzelnen Banken zum Akzept weitergibt, und die akzeptierten Wechsel wiederum dem Kreditnehmer zustellt. Sendet der Kreditnehmer die Tratten direkt an die einzelnen Banken, oder senden diese die akzeptierten Wechsel direkt an den Kreditnehmer, gehört dies zum Bereich der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.²⁴⁸

cc) Stellung der geschäftsführenden Bank

Die Leistung der Akzeptprovisionen und die Anschaffung der Wechselsummen laufen, wie beim Darlehen, über die geschäftsführende Bank als direkte Stellvertreterin der Banken.²⁴⁹ Hingegen ist sie nur Botin der Banken, wenn sie die Wechsel als Besitzdienerin der Banken entgegennimmt und nach der Akzeptierung als ihre Erfüllungsgehilfin zurückgibt. Sie übergibt die Wechsel, ohne irgendwelche Erklärungen für die Banken entgegenzunehmen oder abzugeben.²⁵⁰

²⁴⁶ Art. 1000 OR; vgl. V.BUEREN Wechselschuldner 48 ff.

²⁴⁷ Vgl. SCHOLZE (3. Teil II A) 103.

²⁴⁸ Vgl. vorne § 11 E II 2. a) aa) (192 f.) und D III 2. (167 ff.).

²⁴⁹ Siehe vorne § 11 E II 2. a) bb) (193 ff.).

²⁵⁰ OSER/SCHOENENBERGER N.8 Vorbem. zu Art. 32 - 40 OR; V. TUHR/PETER (§ 41 II) 352; HOMBERGER N.14 f. zu Art. 923 ZGB und N.19 zu Art. 920 ZGB; vgl. vorne § 11 E II 2. a) bb) ccc) (194 f.).

3. Kredite mit Kaufcharakter (Diskontkredit)

a) Allgemein, Kaufpreis

Der Diskontkredit besteht im Kauf von Wechseln.²⁵¹ Beim Konsortialkredit übergibt der Kreditnehmer die Wechsel der geschäftsführenden Bank, die sie an die Banken zur Diskontierung verteilt. Die Zahlung des Kaufpreises durch die Banken erfolgt, wie die Auszahlung der Darlehenssummen, über die geschäftsführende Bank als Beauftragte jeder Bank.²⁵²

b) Kaufgegenstand

Kaufgegenstand ist der Wechsel. Wenn im einzelnen Kreditvertrag die Höhe der Wechselsumme, die Fälligkeit und die Verpflichteten des Wechsels schon verabredet sind, ist der Kaufgegenstand bestimmt. Die Verteilung der der geschäftsführenden Bank vom Kreditnehmer zugesandten Wechsel auf die Banken ist schon vorher bestimmt. Die geschäftsführende Bank nimmt die Wechsel als Besitzdienerin der Banken entgegen.²⁵³ Wenn sie die Wechsel gemäss Art. 920 ZGB im Auftrage der Banken verwahrt und zum Inkasso gibt, begründet sie mit ihrem unmittelbaren, unselbständigen Besitz als Vertreterin jeder Bank deren selbständigen, mittelbaren Besitz.²⁵⁴ Mit dem Eingang der Wechsel bei der geschäftsführenden Bank hat der Kreditnehmer seine Schuld erfüllt.²⁵⁵

²⁵¹ Siehe vorne § 3 D II (15 f.).

²⁵² Siehe vorne § 8 C III 2. b) cc) (97) und § 11 E II 2. a) aa) (192 f.).

²⁵³ Vgl. vorne § 11 E II 2. b) cc) (197) zum Akzeptkredit.

²⁵⁴ HOMBERGER N.10 und 16 zu Art. 923 ZGB; V.TUHR/PETER (§ 41 II) 352.

²⁵⁵ Art. 184 I OR; GUHL/MERZ/KUMMER (§ 41 III 1.) 332.

4. Kredite mit Auftragscharakter (Kautionskredit)

a) Allgemein, Garantie und Bürgschaft

Der Kautionskredit ist die Garantie, Bürgschaft oder Wechselbürgschaft der Bank im Auftrage des Kreditnehmers, für diesen einem Dritten zu haften.²⁵⁶ Beim Konsortialkredit leisten die Banken dem Dritten rechtlich getrennt, aber faktisch gemeinsam Sicherheit für den Kreditnehmer. Der Dritte erhält nicht von jeder Bank eine eigene, ihre Verpflichtungserklärung bezeugende, sondern eine einzige, von allen Banken unterzeichnete Urkunde.²⁵⁷ Darin sind die rechtlich getrennten Kautionsverpflichtungen verkündet, zu denen der Kreditnehmer jede Bank beauftragt hat. Um die individuelle, nicht solidarische Kautionsverpflichtung der Banken sicherzustellen, sollte neben den Unterschriften der jeweilige Verpflichtungsbetrag stehen und der Ausschluss der Solidarhaftung explizit festgehalten werden. Für die Bürgschaft ist diese äusserliche Trennung der Verpflichtungsbeträge wegen des zwingenden Bürgschaftsrechts unbedingt erforderlich,²⁵⁸ für die Garantie aus Beweisgründen empfehlenswert, um keine gesellschaftliche Solidarhaftung zu begründen.²⁵⁹

²⁵⁶ Siehe vorne § 3 E VII (24 f.).

²⁵⁷ Vgl. SCHOLZE (3. Teil II A) 103 f.

²⁵⁸ GIOVANOLI N.22 zu Art. 493 OR. DOHM (N.42) 15 f., der auf nicht veröffentlichte Urteile des Bg vom 26.4.67 und des "Cour de la justice civile de Genève" vom 15.9.72 verweist.

²⁵⁹ Vgl. SCHOLZE (3. Teil II A) 104.

b) Stellung der geschäftsführenden Bank

aa) Uebergabe der Urkunde

Die geschäftsführende Bank erstellt die Urkunde und ist dafür besorgt, dass die Banken ihre Unterschrift leisten. Diese Aufgabe, die Koordination der einzelnen Kautionskredite, nimmt sie als Beauftragte im Rahmen des Konsortiums wahr, und nicht als Beauftragte des Kreditnehmers.²⁶⁰ Die Kautionsurkunde, in der die Kautionserklärungen der Banken schon verbrieft sind, übergibt sie als deren Botin, Erfüllungsgehilfin dem Dritten.²⁶¹

bb) Zahlungen

Die Zahlung der Kautionskommissionen durch den Kreditnehmer an die Banken ist wie die Zinszahlung beim Darlehen zu beurteilen.²⁶² Die Zahlungen der Banken an den Dritten im Kautionsfalle läuft über die geschäftsführende Bank als ihre Hilfsperson wie bei der Auszahlung der Darlehenssummen an den Kreditnehmer.²⁶³

c) Wechselbürgschaft

Die Wechselbürgschaft²⁶⁴ einer Bank kann nach Art. 1020 I OR begrenzt werden, indem die Bank neben ihrer Unterschrift die Summe einsetzt, wofür sie zu haften bereit ist. Beim Konsortialkredit nimmt die geschäftsführende Bank den Wechsel, wie beim Akzeptkredit als Gehilfin der Banken, vom Kreditnehmer oder vom Dritten entgegen.²⁶⁵

²⁶⁰ Vgl. vorne § 11 E II 2. a) bb) ddd) (195 f.); zum Auftragsverhältnis siehe hinten § 11 E V 1. (219 ff.).

²⁶¹ Vgl. vorne § 11 E II 2. b) cc) (197) zum Akzeptkredit.

²⁶² Vgl. vorne § 11 E II 2. a) bb) ccc) (194 f.).

²⁶³ Vgl. vorne § 11 E II 2. a) aa) (192 f.).

²⁶⁴ Siehe vorne § 3 E V (22).

²⁶⁵ Siehe vorne § 11 E II 2. b) cc) (197).

Sie ist, wie bei den anderen Kautionskrediten, im Rahmen des Konsortiums beauftragt, von den Banken die Avalunterschriften nach Art. 1021 OR einzuholen.²⁶⁶ Ebenso erfolgen die Uebergabe des avalierten Wechsels an den Kreditnehmer oder den Dritten sowie die wegen der Avalkredite vorgenommenen Zahlungen über die geschäftsführende Bank.²⁶⁷

5. Kreditlimiten

a) Allgemein

Eine Kreditlimite oder ein Bereitstellungskredit geben dem Kreditnehmer das Gestaltungsrecht, die Kreditleistung der Bank innerhalb der Limite selbst zu bestimmen.²⁶⁸ Beim Konsortialkredit teilt er die Ausübung der Gestaltungsrechte aus den Krediteröffnungsverträgen i.d.R. global, d.h. mit der Angabe der Summe der beanspruchten Kreditleistungen, der geschäftsführenden Bank mit.

b) Ausübung der Gestaltungsrechte

aa) Bestimmbarkeit der Kreditleistungen

Die einzelnen Krediteröffnungsverträge sehen vor, dass der Kreditnehmer bei der Ausübung der Gestaltungsrechte alle Banken gleichmässig, im Verhältnis der verschiedenen Kreditlimiten zu beanspruchen hat. Weil das Verhältnis der Kreditleistungen fixiert ist, ist der Inhalt der einzelnen Gestaltungserklärungen bestimmbar, obwohl der Kreditnehmer der geschäftsführenden Bank die Ausübung der Gestaltungs-

²⁶⁶ Siehe vorne § 11 E II 4. b) aa) (200).

²⁶⁷ Siehe oben.

²⁶⁸ Siehe vorne § 4 A II (30 f.) und B II (32 f.).

§ 11 E II 5. b)

rechte nur global mitteilt.²⁶⁹ Die geschäftsführende Bank ist nur Empfangsbotin der Banken für die Erklärungen des Kreditnehmers. Ihre rechtsgeschäftliche Mitwirkung auf der Seite der Banken ist nicht notwendig.²⁷⁰ Die Ausübung des Gestaltungsrechtes bedarf als einseitiges Rechtsgeschäft keiner Erklärung der Gegenseite.²⁷¹

bb) Unbestimmbarkeit der Kreditleistungen

aaa) Unbestimmbarkeit

Die Natur der Kredite verunmöglicht die Bestimmbarkeit der einzelnen, aber nur global erklärten²⁷² Gestaltungsrechte. Namentlich bei der Aussetzung von Diskontkreditlimiten können die vom Kreditnehmer zum Diskont gegebenen Wechsel nicht objektiv und genau nach dem Verhältnis der Kreditlimiten verteilt werden, da ihre Anzahl und Beschaffenheit sich nicht im voraus bestimmen lässt.²⁷³

bbb) Konkretisierung durch den Kreditnehmer

Die Banken überlassen dem Kreditnehmer die Verteilung der unterschiedlichen Kreditleistungen, z.B. der verschiedenen zu diskontierenden Wechsel, auf die Banken, wobei er die Verteilung möglichst nach dem Verhältnis der einzelnen Kreditlimiten vorzunehmen hat. Der Kreditnehmer erklärt gegenüber der geschäftsführenden Bank als der Empfangsbotin der Banken nicht nur global, sondern im einzelnen die

²⁶⁹ SCHOENENBERGER/JAEGGI N.149 zu Art. 1 OR; vgl. vorne § 11 E II 2. a) bb) bbb) (194) zur Bestimmbarkeit der Zahlungsquoten.

²⁷⁰ V.TUHR/PETER (§ 41 I 2.) 350 f.; OSER/SCHOENENBERGER N.40 Vorbem. zu Art. 1 - 67 OR.

²⁷¹ V.TUHR/PETER (§ 3 II 3.) 25.

²⁷² Vgl. oben.

²⁷³ Vgl. Canaris Bankvertragsrecht (N.1534 f.) 791 f. und vorne § 3 D III (16).

Ausübung der Gestaltungsrechte. Beim Diskontkredit erklärt er genau, welche Wechsel von welcher Bank zu diskontieren sind.

ccc) Konkretisierung durch die geschäftsführende Bank

Die Banken wollen die Verteilung der Kreditleistungen durch die geschäftsführende Bank vornehmen lassen. Zum Beispiel soll diese die zu diskontierenden Wechsel auf die Banken verteilen. Die einzelnen Krediteröffnungsverträge ermächtigen die geschäftsführende Bank, als Drittperson die Gestaltungsrechte auszuüben.²⁷⁴ Sie tut dies nicht nach freiem Ermessen, sondern im Rahmen der globalen Erklärung des Kreditnehmers über die gesamthaft, von allen Banken beanspruchten Kreditleistungen.²⁷⁵ Weil die Gestaltungserklärungen an die Banken gerichtet sind und die geschäftsführende Bank deren Empfangsbotin ist,²⁷⁶ entstehen die konkreten Kreditleistungspflichten mit dem Verteilungsakt. Es liegt ein einseitiges Insichgeschäft vor, das hier nach den allgemeinen Grundsätzen des Selbstkontrahierens zulässig ist.²⁷⁷ Die geschäftsführende Bank ist vom Kreditnehmer zur Vornahme des Insichgeschäfts ermächtigt.²⁷⁸

²⁷⁴ KRAMER N.75 Einleitung; siehe hinten § 11 E III 2. b) aa) (206 f.) zur Ausübung von Gestaltungsrechten durch Dritte bei der Zession.

²⁷⁵ STAUDINGER/MAYER-MALY N.7 zu § 317 BGB.

²⁷⁶ Vgl. vorne § 11 E II 5. b) aa) (201 f.).

²⁷⁷ FLUME Rechtsgeschäft (§ 48 2.) 812 f.

²⁷⁸ V.TUHR/PETER (§ 42 V) 363 f. m.w.N.; BGE 95 II 621 E.2a; 93 II 481 E.a.

III. Sicherheiten

1. Allgemein

a) Zweck

Die über die indirekten Konsortialvereinbarungen hinausgehende²⁷⁹ Koordination der Sicherstellung der Forderungen der Banken gegen den Kreditnehmer bezweckt die bessere Kontrolle über die Sicherheiten und die Vereinfachung der Abwicklung der Sicherungsgeschäfte und der Verwaltung der Sicherheiten.²⁸⁰ Die Sicherheiten bleiben aber rechtlich getrennt. Die Banken ziehen es vor, wenn jede Bank allein an einer Sicherheit für ihren Kredit berechtigt ist.²⁸¹ Doch sind die Banken anders als beim Konsortialkredit eher bereit, sich gemeinsam, als Konsortium sicherstellen zu lassen.²⁸² Solche Regelungen sind nicht mehr Gegenstand der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen, sondern der Aussengesellschaft.²⁸³

b) Unterscheidung der Sicherheiten

aa) Akzessorietät

Eine Sicherheit ist akzessorisch oder nicht akzessorisch zur Sicherungsforderung. Weil jede Bank allein an ihrer kreditvertraglichen Forderung berechtigt ist,²⁸⁴ müssen akzessorische Sicherheiten rechtlich getrennt auf die einzelnen Banken aufgeteilt werden.²⁸⁵ Die kon-

²⁷⁹ Vgl. vorne § 11 D III (167 ff.) und E I 2. (188 f.).

²⁸⁰ Häufig ist die grundpfändliche Sicherstellung von konsortialen Baukrediten. Bei Sanierungskrediten kommt auch die Sicherstellung durch Globalzession zum Zuge.

²⁸¹ DOHM (N.42) 15.

²⁸² SCHOLZE (3.Teil II C) 108 f.

²⁸³ Siehe hinten § 11 F (224 ff.).

²⁸⁴ Siehe vorne § 11 E II 1. b) (190 f.).

²⁸⁵ ZOBL N.28 zu Art. 884 ZGB; vgl. SCHOLZE (3.Teil II C) 108.

sortiale Vereinbarung, welche Sicherheit welcher Bank zukommen soll, ist Gegenstand der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen. Die Sicherheiten sind beim Abschlusse der Kreditverträge bestimmt. Die spätere Aufteilung der Sicherheiten, ihre Entgegennahme oder Verwaltung durch die geschäftsführende Bank gehören zum Regelungsbereich direkt wirkender Konsortialvereinbarungen, d.h. der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen.

bb) Teilbarkeit

Der Sicherungsgeber stellt entweder rechtlich getrennte oder trennbare Sicherheiten, die an die Banken einzeln verteilt werden können, oder er offeriert, selten, nur einen Sicherungsgegenstand, worauf die rechtlich getrennten Forderungen nur mit einer nicht akzessorischen Sicherheit gegenüber dem Konsortium als Aussengesellschaft sichergestellt werden können.²⁸⁶

2. Zession

a) Globalzession an eine Bank

Mit der Globalzession werden alle Forderungen aus dem Geschäftsbereich des Kunden zediert und dem Zugriff der anderen Gläubiger entzogen.²⁸⁷ Das pactum fiduciae verpflichtet die Zessionarin zur Rückzession der Ueberschüsse aus den Eingängen, bzw. der Verwertung der zedierten Forderungen.²⁸⁸ Im Konkurse des Kreditnehmers fallen die Ueberschüsse in die Konkursmasse.²⁸⁹ Die Zessionarin kann

²⁸⁶ Siehe hinten § 11 F (224 ff.).

²⁸⁷ Zur strittigen Frage der Bestimmtheit siehe vorne § 5 C VII 3. (53 f.). Zur begrenzten Globalzession vgl. ZOBL Syst. Teil N.1667 f.

²⁸⁸ Siehe vorne § 5 C VII 3. (53 f.).

²⁸⁹ KLEYLING 49.

§ 11 E III 2. a)

die Ueberschüsse nicht zur Befriedigung der Forderungen der Mitkon-
sorten gegen den Kreditnehmer verwenden, ausser es beständen ge-
genteilige Abreden: Entweder verpflichtet das pactum fiduciae die
Bank, die Ueberschüsse an die anderen Banken zu verteilen, oder der
Kreditnehmer verpflichtet sich gegenüber den anderen Banken nachein-
ander zur "Nach"-zession der Ueberschüsse.²⁹⁰ Alle diese Lösungen
haben den Nachteil, dass die "erste" Zessionarin allein an allen Siche-
rungsforderungen berechtigt ist. Wenn die anderen Banken nur an den
Ueberschüssen berechtigt sind, ist ein nicht gerne gesehener Ver-
lustausgleich erforderlich.²⁹¹

b) Zessionen an die Banken

aa) Verpflichtungsgeschäft

Der Kreditnehmer zediert jeder Bank Debitorenforderungen. Die
gesamten Debitorenforderungen werden auf die Banken im Verhältnis
ihrer Kreditengagements verteilt. Der Kreditnehmer schliesst mit jeder
Bank ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft ab. Dieses geht auf
eine begrenzte "Globalzession", die durch eine Gestaltungserklärung,
die Ausübung einer Wahlobligatio²⁹² konkretisiert wird. Eine begrenz-
te "Globalzession" liegt vor, weil jede Bank einen, noch zu konkreti-
sierenden Anteil an allen Debitorenforderungen aus der Geschäftstätig-
keit des Kreditnehmers erhält. Das Gestaltungsrecht kann nicht von
den Banken ausgeübt werden, weil die Gestaltungserklärung der einen
Bank das Wahlrecht der anderen Bank minderte oder gar aufhobe. Die
Ausübung erfolgt deshalb durch den Kreditnehmer oder einen Drit-

²⁹⁰ ZOBL Syst. Teil N.1671; vgl. OBERMUELLER W. und EHLERS.

²⁹¹ Siehe vorne § 11 D IV 1. c) (170 f.) und 2. c) (172).

²⁹² V. TUHR/PETER (§ 11 II) 79.

ten,²⁹³ die geschäftsführende Bank. Wenn alle Verpflichtungsgeschäfte die geschäftsführende Bank ermächtigen, die Gestaltungsrechte auszuüben,²⁹⁴ kann sie uno actu die zu zedierenden Debitorenforderungen auf die Banken verteilen und konkretisieren.²⁹⁵ Dabei steht sie im Auftragsverhältnis zu den Banken.²⁹⁶ Diese Ausgestaltung der Verpflichtungsgeschäfte ist aufgrund der Privatautonomie zulässig.²⁹⁷

bb) Verfügungsgeschäft

Die zu zedierenden Forderungen sind im Verhältnis des Kreditnehmers zu einer Bank erst mit der Ausübung des Gestaltungsrechtes spezifiziert und abtretbar. Aus dem Kreis der Debitorenforderungen muss noch eine Auswahl getroffen werden. Die Vorwegnahme des Verfügungsgeschäftes ist nicht möglich.²⁹⁸ Wenn die Gestaltungsrechte dem Kreditnehmer zustehen, sind seine schriftlichen Gestaltungserklärungen gleichzeitig die Zessionserklärungen. Übt die geschäftsführende Bank die Gestaltungsrechte aus, müssen die Verfügungsgeschäfte noch vorgenommen werden. Die Verfügungsgeschäfte als zweiseitige Rechtsgeschäfte werden zwischen dem Kreditnehmer und jeder Bank

²⁹³ KRAMER N.75 Einleitung; vgl. § 317 BGB. Wenn ein Dritter das Gestaltungsrecht ausübt, wird es von der Obligation des Schuldners losgelöst und ist in diesem Sinne keine Wahlobligation mehr.

²⁹⁴ Es besteht kein freies Ermessen. Die Bank muss die Forderungen im Verhältnis der verschiedenen hohen, sicherzustellenden Kreditlimiten verteilen. Vgl. STAUDINGER/MAYER-MALY N.7 zu § 317 BGB und GIGER N.223 zu Art. 184 OR.

²⁹⁵ Vgl. vorne § 11 E II 5. b) bb) ccc) (203) zur Bestimmung der Kreditleistungen.

²⁹⁶ Vgl. STAUDINGER/MAYER-MALY N.8 f. zu § 317 BGB.

²⁹⁷ Vgl. BUCHER AT (§ 31 II 3. b) bb)) 491.

²⁹⁸ BUCHER AT (§ 31 II 3. b) cc)) 491 f. ZOBL Syst. Teil N.1669: die dort, in Anlehnung an V.TUHR/ESCHER (§ 95 I FN.5) 354 erwähnte Globalzession mit Rückzession als Maximalzession ist hier nicht möglich, weil die Forderungen auf verschiedene Zessionare verteilt werden müssen. Zum Verhältnis von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bei der Globalzession siehe vorne § 5 C VII 3. (53 f.).

§ 11 E III 2. b)

geschlossen.²⁹⁹ Die geschäftsführende Bank nimmt als Stellvertreterin der Banken nach Art. 32 I OR die Zessionserklärungen an.

cc) Gestaltungserklärung der geschäftsführenden Bank

Um die gleichmässige Aufteilung der Forderungen nach Höhe und Qualität auf die Banken und die Kontrolle der Debitoren zu gewährleisten, lassen die Banken die Verteilung von der geschäftsführenden Bank vornehmen. Weil die Banken die Höhe ihrer beanspruchbaren Kreditlimiten von den zedierten Forderungen abhängig machen,³⁰⁰ garantiert die gleichmässige Verteilung die gleichmässige Beanspruchung der Banken durch ihre Kreditgewährungen. Die geschäftsführende Bank erhält vom Kreditnehmer dessen Debitorenliste und kontrolliert sie. Sie verteilt die Forderungen auf die Banken in Ausübung der Gestaltungsrechte, wozu sie die Verpflichtungsgeschäfte, d.h. die einzelnen Sicherungsverträge, als Drittperson befugen.³⁰¹

Wenn die geschäftsführende Bank die Gestaltungsrechte ausgeübt hat, muss das Verfügungsgeschäft, die Zession, noch vorgenommen werden. Die geschäftsführende Bank gibt gegenüber dem Kreditnehmer die Gestaltungserklärungen ab, worauf dieser die schriftlichen Zessionserklärungen der geschäftsführenden Bank als der Vertreterin der Banken abgibt.³⁰²

²⁹⁹ BUCHER AT (§ 31 III 1. a)) 494 f.; BGE 41 II 390 E.2.

³⁰⁰ Siehe vorne § 5 C VII 2. und 3. (52 ff.).

³⁰¹ Siehe vorne § 11 E III 2. b) aa) (206).

³⁰² Siehe oben.

dd) Mitwirkung der geschäftsführenden Bank als Doppelvertreterin

Die oben geschilderte Abwicklung der Sicherungszessionen kann vereinfacht werden. Der Kreditnehmer bevollmächtigt die geschäftsführende Bank, als seine direkte Stellvertreterin nach Art. 32 I OR die Gestaltungserklärungen entgegenzunehmen und die Zessionserklärungen abzugeben. In bezug auf die Gestaltungserklärungen nimmt die geschäftsführende Bank einseitige Verfügungsgeschäfte gegen sich selbst vor. In bezug auf die Zession bestehen zweiseitige Doppelvertretungen, indem die geschäftsführende Bank die Zessionserklärungen an sich selbst abgibt und als Stellvertreterin der Banken annimmt.³⁰³ Das Grundverhältnis der Vollmacht ist nicht ein Auftrag des Kreditnehmers an die geschäftsführende Bank. Diese wahrt nicht seine, sondern die Interessen der Banken und ist deren Beauftragte.³⁰⁴ Der Kreditnehmer ist aufgrund der identischen Regelungen der Sicherungsverträge gegenüber jeder Bank verpflichtet, die geschäftsführende Bank zu bevollmächtigen. Die Vollmacht ist wegen ihrer abstrakten Natur nicht an ein Grundverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und der geschäftsführenden Bank gebunden.³⁰⁵ Genau gesehen erteilt der Kreditnehmer der

³⁰³ In BGE 82 II 51 ff. E.1 wird die Blankozession, bei der der neue Gläubiger oder ein Dritter den Zessionar einsetzt, für zulässig gehalten, auf die Vertretungsverhältnisse beim zweiseitigen Verfügungsvertrag jedoch nicht eingegangen. Das Bg sieht i.c. die Zession mit der Blankozession offenbar als vollzogen an, und in der Bestimmung des Zessionars durch Willenserklärung eine Tatsache. M.E. ist die Willenserklärung rechtsgeschäftlicher Natur und essentieller Bestandteil des Verfügungsvertrages.

³⁰⁴ Wenn die geschäftsführende Bank Beauftragte des Kreditnehmers wäre, haftete dieser den Banken für den Schaden, den die geschäftsführende Bank verursacht. Zur Interessenlage vgl. vorne § 11 E II 2. a) bb) ddd) (195 f.).

³⁰⁵ OSER/SCHOENENBERGER N.26 zu Art. 32 OR; V.TUHR/PETER (§ 42 II) 359 m.w.N.; BGE 78 II 372 E.a; GAUTSCHI N.12 zu Art. 396 OR sieht offenbar keine Vollmacht ohne Auftragsverhältnis zwischen Vollmachtsgeber und Bevollmächtigtem, geht aber auf die Möglichkeit einer Verpflichtung gegenüber Dritten

geschäftsführenden Bank aufgrund jedes Sicherungsvertrages rechtlich eigenständige Vollmachten.

Die Insihgeschäfte bei der Gestaltungserklärung und bei der Zession sind zulässig, weil sowohl der Kreditnehmer als auch die Banken die geschäftsführende Bank dazu ermächtigen,³⁰⁶ und der Umfang der Vertretungsmacht begrenzt ist. Der Kreditnehmer kann die Vollmachten zwar jederzeit widerrufen, doch verletzt er mit dem Widerruf die Sicherungsverträge, die kreditvertraglichen Abreden,³⁰⁷ und gäbe Grund zur Kündigung der Kredite.³⁰⁸ Deswegen genügt die Bevollmächtigung an die geschäftsführende Bank. Die Vollmacht könnte sich theoretisch auf an sich dem Kreditnehmer zustehende Gestaltungsrechte erstrecken, doch ist es m.E. vorzuziehen, wenn die Gestaltungsrechte der geschäftsführenden Bank selbst, als Dritten zustehen. Mit der Unterschrift der geschäftsführenden Bank unter die verteilten Forderungen wird die Zession durch Doppelvertretung wirksam.³⁰⁹

nicht ein. Für die Möglichkeit der Vertretung im Interesse Dritter V.TUHR/PETER (§ 41 I 2.) 349 und (§ 43 II FN.12) 381.
³⁰⁶ V.TUHR/PETER (§ 42 V) 365; BGE 95 II 621 E.2a; 93 II 481 E.a; vgl. BGE 89 II 324 ff. E. 5 - 7 zu einem Fall unzulässiger Doppelvertretung bei der Zession. BGE 41 II 392 f. E.4 weist in einem obiter dictum auf die gefährdete Sicherheit des Rechtsverkehrs hin. Dies ist m.E. kein Problem der Doppelvertretung, sondern der stillen Zession überhaupt.
³⁰⁷ BUCHER AT (§ 33 IV 3. a)) 562 f. BGE 98 II 309 f. E.c wendet sich gegen eine solche obligatorische Verpflichtung. Nach dem Widerruf der Vollmacht wäre es aber zumindest rechtsmissbräuchlich, wenn der Kreditnehmer auf der Kreditgewährung beharrte.
³⁰⁸ Siehe vorne § 6 A II 1. b) und 2. a) (57 f.).
³⁰⁹ Vgl. BUCHER AT (§ 31 III 2. b)) 497 f.

3. Akzessorische Pfandrechte

a) Verpfändung an eine Bank

Eine Bank lässt sich für ihre Forderungen gegen den Kreditnehmer ein spezielles oder generelles Pfandrecht einräumen.³¹⁰ Den anderen Banken wird vom Sicherungsgeber nacheinander ein entsprechendes Nachpfandrecht gemäss Art. 893 ZGB eingeräumt. Die im Range nachgehenden Banken sind aber benachteiligt.³¹¹

b) Getrennte Pfandrechte der Banken

aa) Zentrale Verwaltung

Der Kreditnehmer, bzw. der Sicherungsgeber, schliesst mit jeder Bank einen Pfandvertrag.³¹² Statt die einzelnen Pfandgegenstände den einzelnen Banken zum unmittelbaren Besitze zu übertragen, werden sie von der geschäftsführenden Bank verwahrt. Diese hält den unselbständigen, unmittelbaren Besitz für die Banken aufgrund ergänzender Schuldverträge mit jeder Bank.³¹³ Auf diese Weise können die akzessorischen Pfandrechte zentral verwaltet werden. Die Akzessorietät beim regulären und irregulären Fahrnispfand, beim Forderungspfand³¹⁴ hindert die Banken nicht, diese Pfandrechte faktisch gemeinsam zu hal-

³¹⁰ Vgl. ZOBL N.404 f. zu Art. 884 ZGB. Zum generellen Pfandrecht auch für zukünftige Forderungen und zur Bestimmtheit des Pfandgegenstandes vgl. OFTINGER/BAER N.98 ff. zu Art. 884 ZGB.

³¹¹ Zur Problematik vgl. vorne § 11 E III 2. a) (205 f.) die Ausführungen zur Globalzession an eine Bank.

³¹² Zum Pfandvertrag vgl. ZOBL N.326 ff. zu Art. 884 ZGB.

³¹³ HOMBERGER N.10 zu Art. 923 und N.19 zu Art. 920 ZGB; ZOBL N.608 zu Art. 884 ZGB; vgl. vorne § 11 E II 3. b) (198); siehe hinten § 11 E V 1. (219 ff.) zur Stellung der geschäftsführenden Bank.

³¹⁴ Siehe vorne § 5 C II (42 ff.).

§ 11 E III 3. b)

ten, zu verwahren und zu verwerten. Nur wenn bloss ein, unteilbarer Pfandgegenstand zur Verfügung steht, versagt diese Lösung.³¹⁵

bb) Pfandvertrag

aaa) Objektive Bestimmung der Pfandgegenstände

Wenn die den einzelnen Banken zu verpfändenden Gegenstände und deren Verteilung schon beim Abschlusse des Pfandvertrages spezifiziert oder spezifizierbar sind, müssen die Pfandgegenstände bei der Besitzesübergabe nicht mehr konkretisiert werden.³¹⁶ Die geschäftsführende Bank nimmt die Pfandgegenstände zum unselbständigen, unmittelbaren Besitze für jede Bank, als deren Vertreterin, entgegen.³¹⁷

bbb) Subjektive Bestimmung der Pfandgegenstände

Die Anzahl und die Beschaffenheit der verpfändbaren Gegenstände sind noch nicht festgelegt oder ändern sich dauernd, z.B. bei einem Warenlager mit Umsatz oder einem Wertpapierdepot mit Verwaltungsauftrag. Der Sicherungsgeber verpflichtet sich im Pfandvertrag gegenüber jeder Bank, ihr - im Verhältnis ihres Kreditengagements zu dem der anderen Banken - Pfänder zu bestellen. Entweder werden aus einem bestimmten Kreis von Gegenständen diese alle auf die Banken verteilt und verpfändet, oder jeder Bank werden Pfänder mit einem bestimmten Gesamtwert übergeben. Die Auswahl, die Verteilung der Pfandgegenstände erfolgt durch die Ausübung einer Wahlobligation, ei-

³¹⁵ Vgl. dazu hinten § 11 F II 2. (226) die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte bei der Aussengesellschaft.

³¹⁶ ZOBL N.366 und 368 zu Art. 884 ZGB.

³¹⁷ OFTINGER/BAER N.211 f. zu Art. 884 ZGB; vgl. vorne § 11 E II 3. b) (198).

nes Gestaltungsrechtes durch den Sicherungsgeber oder einen Dritten.³¹⁸

cc) Besitzesübertragung

aaa) Subjektive Bestimmung und Besitzesübertragung

Durch die Ausübung der Gestaltungsrechte aus den Pfandverträgen werden die Pfandgegenstände subjektiv bestimmt. Weil die Pfandgegenstände noch ausgewählt werden müssen, ist eine antizipierte Besitzesübertragung nicht möglich.³¹⁹ Erst nach der Ausübung der Gestaltungsrechte kann die Besitzesübertragung als zweiseitiges Verfügungsgeschäft erfolgen.³²⁰

bbb) Bestimmungsrecht der geschäftsführenden Bank

Wenn die geschäftsführende Bank als Dritte ihre Gestaltungsrechte ausübt, nimmt sie die nun bestimmten Pfandgegenstände als Vertreterin der Banken, zu deren Interessewahrung entgegen.³²¹ Sind die Pfandgegenstände schon vorher in ihren Besitz gelangt, muss der Sicherungsgeber, der Verpfänder, ihr noch die Besitzesanweisung anzeigen, damit das Pfandrecht rechtsgültig errichtet ist.³²² Die geschäftsführende Bank kann sich aber von ihm bevollmächtigen lassen,

³¹⁸ ZOBL N.370 zu Art. 884 ZGB sieht in der Wahlobligation des Kreditnehmers kein Gestaltungsrecht. A.M. V.TUHR/PETER (§ 11 II) 79; zum Gestaltungsrecht vgl. vorne § 11 E III 2. b) aa) (206 f.).

³¹⁹ Vgl. ZOBL N.374 und 661 zu Art. 884 ZGB.

³²⁰ Zur Kontroverse der Rechtsnatur der Besitzesübertragung ausführlich ZOBL N.643 ff. zu Art. 884 ZGB. Selbst wenn man die traditio als Realakt auffasst, fehlt vor der Gestaltungserklärung der Wille zur Uebertragung einer bestimmten Sache.

³²¹ Siehe vorne § 11 E II 2. a) bb) ddd) (195 f.).

³²² ZOBL N.699 zu Art. 884 ZGB.

für ihn als direkte Stellvertreterin die Besitzesanweisung an sich selbst durch eine einseitiges Insichgeschäft zu erklären.³²³

c) Sicherheitshinterlegung

Bei der Sicherheitshinterlegung verwahrt ein Dritter als Pfandhalter die Pfandgegenstände.³²⁴ Die geschäftsführende Bank stände als Mittlerin zwischen dem Sicherungsgeber und den Banken. Sie hätte beider Interessen zu wahren.³²⁵ Die geschäftsführende Bank wahrt jedoch die Interessen der Banken. Die Sicherheitshinterlegung ist m.E. nicht geeignet für die zentrale Verwaltung von rechtlich getrennten Pfändern durch die geschäftsführende Bank. Deren unmittelbarer, unselbständiger Besitz für die Banken ist vorzuziehen.³²⁶

4. Sicherungsübereignung

Der Sicherungsgeber überträgt jeder Bank das Alleineigentum an einer oder mehreren Sachen. Nach Art. 717 ZBG ist eine Besitzesübertragung wie bei der Bestellung eines Pfandrechts erforderlich und ein Besitzeskonstitut unzulässig.³²⁷ Die Besitzesübertragung und die zentrale Verwaltung der den Banken übereigneten Sachen beurteilen sich deshalb wie bei den getrennten Pfandrechten.³²⁸

³²³ FLUME Rechtsgeschäft (§ 48 2.) 812 f.; vgl. vorne § 11 E II 5. b) bb) ccc) (203).

³²⁴ Siehe vorne § 5 C II 6. (45 f.).

³²⁵ ZOBL N.558 zu Art. 884 ZGB; vgl. BGE 89 II 200 f.

³²⁶ Vgl. vorne § 11 E II 2. a) bb) ddd) (195 f.) zur Interessenlage.

³²⁷ Zur Sicherungsübereignung im allgemeinen siehe vorne § 5 C VI (50 f.).

³²⁸ Siehe vorne § 11 E III 3. b) aa) (211 f.) und cc) (213 f.).

5. Grundpfand

Weil Grundpfänder im gleichen Range möglich sind, kann jede Bank ihre Forderungen gegen den Kreditnehmer sicherstellen lassen,³²⁹ ohne die anderen Banken zu benachteiligen. Die Abreden über die Koordination dieser Sicherheiten sind Gegenstand der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.³³⁰ Die Verpfändung der Grundpfandtitel richtet sich nach den Regeln des Faustpfandrechts.³³¹

6. Personalsicherheiten

Jede Bank lässt sich ihre Forderungen gegen den Kreditnehmer durch eine Bürgschaft, Garantie, Wechselbürgschaft, Haftung aus Kreditauftrag oder Schuldmitübernahme eines Dritten sicherstellen.³³² Eine Zentralisation dieser Sicherheiten wird erreicht, wenn der Dritte nicht gegenüber jeder Bank eigens eine Verpflichtungserklärung abgibt, sondern nur der geschäftsführenden Bank als direkter Stellvertreterin aller Banken gemäss Art. 32 I OR. Die rechtlich voneinander unabhängigen Verpflichtungserklärungen des Kreditnehmers an die Banken werden in einem Schriftstück verurkundet. Aus Beweisgründen sind die einzelnen Verpflichtungsbeträge in der Urkunde getrennt aufzuführen. Damit wird gewährleistet, dass jede Bank allein an einer Personalsicherheit berechtigt ist. Für rechtsgültige Bürgschaften ist diese Gestaltung der Urkunde zwingend.³³³ Die Verwertung der Sicherheiten

³²⁹ LEEMANN N.6 f. und 25 zu Art. 813 u. 814 ZGB; zur Sicherstellung durch Grundpfand im allgemeinen siehe vorne § 5 C V (49).

³³⁰ Siehe vorne § 11 D III (167 ff.).

³³¹ Vgl. OPTINGER/BAER N.30 ff. und 118 zu Art. 901 ZGB; siehe vorne § 11 E III 3. b) (211 ff.).

³³² Siehe vorne § 5 B (38 ff.).

³³³ Es handelt sich um die gleiche Problematik wie beim Kautionskredit: siehe vorne § 11 E II 4. a) (199).

kann ebenfalls durch die geschäftsführende Bank als Stellvertreterin der Banken erfolgen, wobei sie die Zahlungen des Sicherungsgebers wie die Zins- und Rückzahlungen des Kreditnehmers an die Banken verteilt.³³⁴

Bei der Wechselbürgschaft ist die Errichtung einer Urkunde nicht möglich, weil jede Bank allein an der Wechselforderung berechtigt sein wird.³³⁵ Die Zentralisation geht auf die Begebung zum Aval und die Empfangnahme der avalierten Wechsel durch die geschäftsführende Bank als unselbständige Besitzerin für die Banken.³³⁶

IV. Beendigung

1. Zweckerreichung

Im Gegensatz zur Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen beziehen sich die Konsortialabreden nicht auf verschiedenartig geregelte Kreditbeziehungen zwischen den Banken und dem Kreditnehmer, sondern auf einen wirtschaftlich einheitlichen Kredit, bzw. auf eine wirtschaftlich gemeinsame Sicherstellung.³³⁷ Der Zweck des Konsortiums, d.h. des Gesellschaftsvertrages und der auf ihm gründenden ergänzenden Schuldverträge zwischen den Banken, ist die Beteiligung am Einheitskredit oder an der wirtschaftlich gemeinsamen Sicherstellung. Mit der Beendigung der Kreditbeziehungen, die den Gegenstand der Konsortialvereinbarungen bilden, endet das Konsortium. Der Zweck des Konsortiums ist nach Art. 545 I OR erreicht, wenn die Kreditgewährungen abgewickelt sind, d.h. alle Verpflichtungen der

³³⁴ Siehe vorne § 11 E II 2. a) bb) (193 ff.).

³³⁵ Zur Alleinberechtigung an den Wechseln vgl. vorne § 11 E II 1. b) bb) (191).

³³⁶ Vgl. vorne zum Diskontkredit § 11 E II 3. b) (198).

³³⁷ Siehe vorne § 11 D I (165) und E I 1. (188).

Banken, des Kreditnehmers und allfälliger dritter Sicherungsgeber erfüllt worden sind.³³⁸ Der Zweck des Konsortiums ist nach Art. 545 I OR unerreichbar geworden, wenn die Abwicklung der Kreditbeziehungen gestört wird und diese deshalb nicht mehr fortgeführt werden können.³³⁹

2. Konsortialvertrag und Kreditverträge

Die ergänzenden Schuldverträge sind vom Gesellschaftsvertrag abhängig und folgen dessen Schicksal.³⁴⁰ Die Existenz des Gesellschaftsvertrages hängt vom Bestande des wirtschaftlich einheitlichen Kredites, von den rechtlich getrennten Krediten³⁴¹ und Sicherstellungen³⁴² ab. Die in den Kreditverträgen einheitlich geregelten³⁴³ Kündigungsmöglichkeiten gelten deshalb nicht nur für die Auflösung der Kreditbeziehungen der einzelnen Banken zum Kreditnehmer, sondern auch für die Auflösung des Konsortiums. Die identischen kreditvertraglichen Abreden über die Dauer der Kredite und über das Kündigungsrecht gegenüber dem Kreditnehmer sind gleichzeitig gesellschaftsrechtliche Abreden über die Dauer und Beendigung des Konsortiums. Die dispositiven Regeln von Art. 545 OR sind entsprechend abgeändert. Die Anwendung von Art. 546 OR über die Gesellschaft mit unbestimmter Dauer wird in der Praxis entfallen. Entweder ist der wirt-

³³⁸ Vgl. dagegen vorne § 11 D VIII 1. a) (180) zum Dauerzweck der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.

³³⁹ Siehe vorne § 11 D VIII 1. b) (180 f.). In bezug auf eine gemeinsame Sicherstellung endet das Konsortium spätestens mit vollzogener Verwertung.

³⁴⁰ Vgl. NAEGELI 434 zur Doppelgesellschaft. Siehe vorne § 11 B II 2. (152 f.).

³⁴¹ Siehe vorne § 11 E II 1. a) (189 f.).

³⁴² Siehe vorne § 11 E III 1. a) (204).

³⁴³ Siehe vorne § 11 A II 2. b) (148) und E II 1. a) (189 f.). Die einheitliche Regelung ist ja Ausfluss der konsortialen Bindung.

schaftlich einheitliche Kredit befristet, oder den Banken ist ein Kündigungsrecht eingeräumt, dessen Kündigungsfrist kürzer als sechs Monate ist.

Umgekehrt gelten rein gesellschaftsrechtliche Abreden über die Beendigung des Konsortiums nicht unbedingt für die einzelnen Kreditverträge, selbst wenn der Konsortialvertrag und die Kreditverträge in derselben Urkunde niedergeschrieben sind. Wenn die Banken dem Kreditnehmer aus der konsortialen Bindung keine Rechte zugestehen wollen,³⁴⁴ können sie ihn nicht auf der anderen Seite verpflichten, spezielle Kündigungsbestimmungen des Konsortialvertrages auch für die Kreditverträge zu akzeptieren. Kündigungsbestimmungen im Verhältnis der Banken zum Kreditnehmer müssen ausdrücklich Bezug auf die einzelnen Kreditverträge nehmen.

3. Ausserordentliche Kündigung

Die Banken können die Auflösung des Konsortiums aus wichtigem Grund³⁴⁵ oder wegen des gesetzlichen Ausscheidens eines Gesellschafters³⁴⁶ zur Resolutivbedingung nach Art. 154 I OR in den einzelnen Kreditverträgen machen. Vor dem Eintritt der Bedingung gelten die sonst verabredeten oder gesetzlichen Beendigungsgründe für die Kredite.³⁴⁷ Wenn statt der Resolutivbedingung ein fristloses Kündigungs-

³⁴⁴ Siehe vorne § 11 D IX 1. (185 ff.); vgl. aber hinten § 11 E V 2. (221 f.) zu den Rechten des Kreditnehmers.

³⁴⁵ Art. 545 I Ziff. 7 OR; siehe vorne § 11 D VIII 2. b) (182 f.).

³⁴⁶ Art. 545 I Ziff. 3 OR; siehe vorne § 11 D VIII 3. (183).

³⁴⁷ Vgl. aber GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI N.2658, die entgegen BGE 56 II 190 f. bei Dauerverträgen die ordentlichen Kündigungsbestimmungen erst nach dem Ausfall der Bedingung anwenden wollen. Hier ist ein Ausfall der Bedingung während der Kreditabwicklung gar nicht möglich.

recht der Banken in die Kreditverträge aufgenommen wird,³⁴⁸ müssen die Banken bei dessen Ausübung die gebotene Rücksicht walten lassen.³⁴⁹ Ohne besondere Abreden bleiben die Banken auch nach der Auflösung des Konsortiums aus den einzelnen, rechtlich getrennten Kreditverträgen verpflichtet.³⁵⁰ Mit einer Fortsetzungsklausel³⁵¹ können die Banken wenigstens erreichen, dass die in der konsortialen Bindung verbleibenden Kreditbeziehungen zu einer wirtschaftlich einheitlichen Kreditbeziehung zusammengefasst bleiben.

V. Parteistellung

1. Geschäftsführende Bank

a) Aufträge der Banken

Die geschäftsführende Bank nimmt eine doppelte Funktion wahr. Einerseits ist sie die geschäftsführende Bank des Konsortiums als Gesellschaft in bezug auf die indirekten Konsortialvereinbarungen.³⁵² Andererseits ist sie die Beauftragte der einzelnen Banken nach Art. 394 I OR in bezug auf die gemeinsame Abwicklung der rechtlich getrennten Kreditbeziehungen.³⁵³ Zwischen jeder Bank und der geschäftsführenden Bank besteht ein Auftragsverhältnis, ein ergänzender Schuldvertrag, dessen Abschluss für alle Banken eine gesellschafts-

³⁴⁸ Der Kreditnehmer mit Bonität wird bei Grosskrediten kaum damit einverstanden sein.

³⁴⁹ Siehe vorne § 6 A II 1. a) (56 f.).

³⁵⁰ Siehe vorne § 11 E II 1. b) bb) (191). Die Banken bleiben dafür an den ihnen zustehenden Sicherheiten berechtigt.

³⁵¹ Vgl. vorne § 11 D VIII 4. a) (184).

³⁵² Siehe vorne § 11 D VII 1. (178 f.) und § 11 E I 2. (188 f.).

³⁵³ Dazu im einzelnen vorne § 11 E II und III (189 ff.). Vgl. BLAISE/FOUCHARD (N.66 und 68) 195 ff. zur Stellung der geschäftsführenden Bank als Mittlerin und Beauftragte der Banken.

§ 11 E V 1. a)

rechtliche Beitragspflicht ist.³⁵⁴ Die geschäftsführende Bank wird nicht vom Konsortium beauftragt, weil die Auftragsgegenstände nicht identisch sind und in den voneinander getrennten Kreditbeziehungen gründen.³⁵⁵

b) Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung

Die geschäftsführende Bank nimmt die Aufträge der Banken im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, nicht als Geschäftsführerin des Konsortiums nach Art. 543 OR entgegen. Dies ergibt sich aus dem Parteiwillen der beteiligten Banken. Wenn der Auftrag einer Bank mangelhaft ausgeführt wird, haftet diese gegenüber dem Dritten, dem Kreditnehmer, für das Verhalten des Beauftragten nach Art. 101 I OR.³⁵⁶ Für den aus dieser Haftung entstehenden Schaden haftet ihr der Beauftragte nach Art. 398 I OR. Wenn das Konsortium Beauftragte der Banken wäre, hafteten die Banken nach Art. 544 III OR solidarisch für die Auftragsausführung.³⁵⁷ Die auftraggebende Bank könnte ihren Schaden gegenüber allen Banken geltend machen. Die beteiligten Banken wollen sich jedoch durch den Gesellschaftsvertrag nicht mehr verpflichten als es das Kreditgeschäft erfordert. Sowohl das Innenverhältnis als auch ein allfälliges Aussenverhältnis sollen nicht intensiver als notwendig ausgestaltet werden. Aus diesem Grunde handelt die geschäftsführende Bank auch nicht für die Rechnung des

³⁵⁴ Siehe vorne § 11 B II (152 f.).

³⁵⁵ Vgl. GAUTSCHI N.5a zu Art. 403 OR. HINSCH/HORN 183 sehen auch hier die geschäftsführende Bank als Beauftragte des Konsortiums. Eine solche Lösung widerspricht aber der Vermutung, dass jede Bank allein an ihrer Kreditquote berechtigt sein soll (siehe vorne § 11 E II 1. (189 ff.)).

³⁵⁶ SPIRO Erfüllungsgehilfen (§ 36) 162 ff.

³⁵⁷ GAUTSCHI N.6d zu Art. 403 OR; BGE 103 II 138 f. E.4a.

Konsortiums nach Art. 543 I OR.³⁵⁸ Dass die geschäftsführende Bank die Aufträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung entgegennimmt, ist aufgrund der Interessenlage zu vermuten.³⁵⁹ Die ausdrückliche Festlegung dieser Rechtsposition im schriftlichen Konsortialvertrag sichert diese Vermutung.

2. Kreditnehmer

a) Getrennte Kredite

Die Stellung des Kreditnehmers gegenüber den Banken ist grundsätzlich dieselbe wie bei der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.³⁶⁰ Zusätzlich verpflichtet er sich gegenüber jeder Bank, die Abwicklung der Kredite ganz oder teilweise über die geschäftsführende Bank vorzunehmen.³⁶¹ In der gleichen Position befindet sich ein Dritter als Sicherungsgeber. Anders als bei der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen laufen die Banken aber bei der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen Gefahr, dass die hier zu einem wirtschaftlich einheitlichen Kredit zusammengefassten, rechtlich getrennten Kredite³⁶² gegen ihren Willen als auch rechtlich einheitlicher, gesellschaftlicher Kredit des Konsortiums qualifiziert werden. In der den Konsortialvertrag und die Kreditverträge gemeinsam enthaltenden Urkunde³⁶³ ist deshalb die rechtliche Trennung der Kredite ausdrücklich festzuhalten.

³⁵⁸ Vgl. V.STEIGER 437 f. Weil der Kreditnehmer keine vertraglichen Ansprüche gegen den Beauftragten als Hilfsperson hat (V. TUHR/ESCHER (§ 70 V) 130), ist er von dieser Regelung nicht nachteilig betroffen.

³⁵⁹ JAEGGI/GAUCH N.362 f. zu Art. 18 OR.

³⁶⁰ Siehe vorne § 11 D IX 1. (185 ff.).

³⁶¹ Siehe im einzelnen vorne § 11 E II und III (189 ff.).

³⁶² Siehe vorne § 11 E II 1 (189 ff.).

³⁶³ Vgl. vorne § 11 C III 1. b) (162 f.).

b) Recht auf Zentralisation

Vom Problem des Einheitskredites ist die Frage zu unterscheiden, ob die Zentralisation der rechtlich getrennten Kredite Gegenstand einer rechtlichen Vereinbarung zwischen dem Konsortium als Gesellschaft und dem Kreditnehmer ist. Der Kreditnehmer hat ja oft ein Interesse an der Vereinheitlichung der Kreditabwicklung.³⁶⁴ Wenn sich das Konsortium als Gesellschaft verpflichtete, haftete es dem Kreditnehmer zumindest dafür, die Konsortialbanken in geeigneter Weise zur Mitwirkung an der einheitlichen Kreditabwicklung anzuhalten. Die Gesellschaft liefe darüber hinaus Gefahr, dass ihre Verpflichtung gegenüber dem Kreditnehmer als Garantieverprechen ausgelegt würde. Dies käme einem Kautionskredit der Gesellschaft zugunsten des Kreditnehmers gleich.³⁶⁵ Die Banken werden sich gegen eine solche Verpflichtung des Konsortiums wehren. Andererseits wird der Kreditnehmer auf einer entsprechenden Verpflichtung der Banken beharren. Die Lösung besteht darin, dass die einzelnen Kreditverträge nicht nur den Kreditnehmer, sondern auch die Banken zur Zentralisation der kreditvertraglichen Leistungen verpflichten. Diese Regelung sollte in der Urkunde ausdrücklich festgehalten werden.

VI. Organisation

Die Abwicklung der Kreditbeziehungen erfolgt aufgrund rechtlich getrennter Schuldverträge. Die geschäftsführende Bank handelt für die einzelnen Banken und führt nicht die Geschäfte der Gesellschaft.³⁶⁶

³⁶⁴ Siehe vorne § 7 B I 2. (72).

³⁶⁵ Zum Kautionskredit durch Garantie siehe vorne § 3 E II (19 f.). Die Garantieleistung bestände in der Leistung von Schadenersatz.

³⁶⁶ Siehe vorne § 11 E V 1. a) (219 f.). Jede Bank behält die Verfügungsmacht, z.B. ihren Kredit zu kündigen (siehe vorne

Soweit die Banken Beschlüsse fassen, beeinflussen diese nur indirekt die ergänzenden Schuldverträge.³⁶⁷ Ein Beschluss kann die Banken nur verpflichten, die ergänzenden Schuldverträge entsprechend abzuändern, oder deren Pflichten und Rechte in bestimmter Weise wahrzunehmen. Für die Organisation gelten deshalb die Grundsätze der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen.³⁶⁸ Nur werden häufiger als dort Sitzungen bzw. Beschlüsse auch über technische Fragen notwendig sein.

§ 11 D III 2. b) (168 f.)). Eine entsprechende Vollmacht zugunsten der geschäftsführenden Bank ist jederzeit widerrufbar. A.M. HINSCH/HORN 171.

³⁶⁷ Siehe vorne § 11 B II (152 f.).

³⁶⁸ Siehe vorne § 11 D VII (178 ff.).

F AUSSENGESELLSCHAFT

I. Allgemein

1. Zweck, Verhältnis zu den anderen Konsortialvertragstypen

Die Sicherstellung soll oder kann nicht auf die Banken aufgeteilt werden.³⁶⁹ Die Sicherstellung erfolgt an das Konsortium als einfache Gesellschaft. Die Banken sind gemäss Art. 544 I OR an der Sicherheit gesamthänderisch berechtigt. Im übrigen gelten die vorne entwickelten Grundsätze der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen³⁷⁰ und der Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen.³⁷¹

2. Sicherungsgeschäfte

Akzessorische Sicherheiten fallen ausser Betracht, weil sie mit den rechtlich getrennten Forderungen der Banken gegen den Kreditnehmer³⁷² untrennbar verknüpft sind.³⁷³ Die Sicherstellung der rechtlich getrennten Kredite der Banken durch eine Sicherheit ist nur mit einem nicht akzessorischen Sicherungsgeschäft, einer Garantie, einer Sicherungsübereignung oder einer Sicherungszession möglich.³⁷⁴ Die nicht akzessorische Sicherung durch Wechselbürgschaft oder durch Kreditauftrag³⁷⁵ kommt nicht in Frage, weil ihre Entstehung von den rechtlich getrennten Krediten abhängt. Es entstünden soviele Sicherheiten wie Kredite bestehen.

³⁶⁹ Siehe vorne § 11 E III 1. (204 f.).

³⁷⁰ Siehe vorne § 11 D. (165 ff.).

³⁷¹ Siehe vorne § 11 E (188 ff.), insbes. I 2. (188 f.).

³⁷² Siehe vorne § 11 E II 1. b) bb) (191).

³⁷³ BGE 44 III 153 E.3; siehe vorne § 11 E III 1. b) aa) (204 f.); siehe aber hinten § 11 F II 3. (226 f.).

³⁷⁴ Siehe vorne § 5 B II (38 f.), C VI und VII (50 ff.).

³⁷⁵ Siehe vorne § 5 B III und IV (39 f.).

II. Sicherungen

1. Garantievertrag

Der Promittent gibt gegenüber den Banken rechtlich nur ein einziges Garantieversprechen ab.³⁷⁶ Promissar ist das Konsortium. Die Banken lassen sich gesamthänderisch, als einfache Gesellschaft, die kreditvertraglichen Leistungen des Kreditnehmers gegenüber den einzelnen Banken garantieren. Es handelt sich nicht um eine bürgschaftsähnliche Garantie wie bei der Kautions zugunsten einer Bank. Dort verspricht der Promissar die Leistung eines Dritten an diese selbst.³⁷⁷ Hier sind die Gläubiger der Garantieforderung und der kreditvertraglichen Forderungen nicht identisch. Der Kreditnehmer schuldet jeder Bank allein Leistungen aus den einzelnen Kreditverträgen. Der Promissar schuldet die Garantieleistung den Banken zur gesamten Hand. Es liegt eine reine Garantie, ein Garantievertrag im weiteren Sinne vor.³⁷⁸ Die Garantiesumme und die Umschreibung des Garantiefalles werden vom Sicherungsgeber und dem Konsortium im Garantievertrag festgelegt.³⁷⁹ Der Vertrag kann z.B. vorsehen, dass jeder Verzug des Kreditnehmers ein Garantiefall ist, und die Garantieleistung in der Höhe der fälligen Schulden des Kreditnehmers zu erbringen ist.³⁸⁰

³⁷⁶ Siehe dagegen vorne § 11 E III 6. (215 f.).

³⁷⁷ KLEINER Bankgarantie 36 f.; siehe vorne § 5 B II (38 f.) und § 3 E I und II (18 f.).

³⁷⁸ Zur Abgrenzung von reiner und bürgschaftsähnlicher Garantie: SCYBOZ 323 f.; vgl. vorne § 3 E II 2. (19 f.).

³⁷⁹ Vgl. SCYBOZ 328.

³⁸⁰ Vgl. vorne § 3 E II 1. (19) zum Kautionskredit.

2. Fiduziarische Sicherungsgeschäfte

Mit der Sicherungsübereignung überträgt der Kreditnehmer, bzw. der Sicherungsgeber, das Eigentum an Sachen,³⁸¹ mit der Sicherungszession Forderungen³⁸² an das Konsortium, d.h. an die Banken zur gesamten Hand. Das pactum fiduciae verpflichtet das Konsortium, die Sicherheiten für die Befriedigung der einzelnen Banken in bezug auf deren Kreditbeziehungen zu verwenden. Die fiduziarische Sicherung schützt nicht Forderungen des Fiduziars, der einfachen Gesellschaft, sondern Forderungen von Dritten, der einzelnen Banken als allein Berechtigte an ihren Krediten.³⁸³ Der Fiduziant garantiert dem Konsortium die Erfüllung dieser Forderungen im Umfange des Verwertungserlöses aus der Sicherung. Im Garantiefall verwertet das Konsortium die Sicherungsobjekte, hat den Erlös an die geschädigten Banken zu verteilen und einen Ueberschuss dem Fiduzianten zurückzugeben.³⁸⁴ Der reine Garantievertrag verbindet sich mit einem fiduziarischen Sicherungsgeschäft.³⁸⁵

3. Akzessorische Zusatzsicherung

Die Garantieforderung des Konsortiums kann, wie jede Forderung, wiederum durch irgend ein Sicherungsgeschäft, sei es akzessorischer oder nicht akzessorischer Natur,³⁸⁶ sichergestellt werden. Die

³⁸¹ Siehe vorne § 5 C VI (50 f.).

³⁸² Siehe vorne § 5 C VII (51 ff.).

³⁸³ Siehe vorne § 11 E II 1. b) bb) (191).

³⁸⁴ Siehe vorne § 5 C VI und VII 1. (50 ff.).

³⁸⁵ Es handelt sich nicht um ein drittpfandähnliches Sicherungsverhältnis, weil nicht nur eine fremde Forderung gesichert wird, sondern auch diese nicht dem Fiduziar zusteht: vgl. ZOB L Syst. Teil N.1401 m.w.N.

³⁸⁶ Vgl. vorne § 11 E III 1. b) (204 f.).

rechtlichen Voraussetzungen für die Gültigkeit der Zusatzsicherung müssen dann nur für das Garantieverhältnis erfüllt sein.³⁸⁷

4. Fiduziarische Verwaltung getrennter Sicherheiten

Die von den Banken gehaltenen, sonst rechtlich ihnen allein zustehenden Sicherheiten werden der geschäftsführenden Bank fiduziarisch zur Verwahrung, Verwaltung und Verwertung übertragen.³⁸⁸ In Frage kommen nur nicht akzessorische Sicherheiten, da sonst die Sicherungsforderungen mit übertragen werden müssten. Der Nachteil der fiduziarischen Uebertragung besteht darin, dass die Fiduzianten nur obligatorische Ansprüche gegen die geschäftsführende Bank haben, und im Streit oder in deren Konkurse selbst nicht mehr am Sicherungsgute berechtigt sind. M.E. ist die rechtliche Trennung der Sicherheiten mit schuldrechtlicher Zentralisation³⁸⁹ oder die Sicherstellung zugunsten des Konsortiums als Gesellschaft vorzuziehen.³⁹⁰

III. Beendigung des Konsortiums

1. Beendigung der Kreditbeziehungen

Wenn die Kreditbeziehungen enden, werden auch die konsortialen Sicherheiten fällig. Diese stehen dem Konsortium zu und fallen in das Gesellschaftsvermögen. Die Verteilung der Garantieleistung auf die Banken wird durch den Gesellschaftsvertrag festgelegt. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei den Ausgleichspflichten der Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen, nur dass die Leistungen

³⁸⁷ Zu den möglichen Sicherungsgeschäften siehe vorne § 5 (37 ff.).

³⁸⁸ SCHOLZE (3.Teil II C) 108; vgl. EHLERS und OBERMUELLER W.

³⁸⁹ Siehe vorne § 11 E III (204 ff.).

³⁹⁰ Siehe vorne § 11 F II 1., 2. und 3. (225 ff.).

§ 11 F III 1.

an die Gesellschaftsmitglieder aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgen.³⁹¹

2. Weiterführung der Kreditbeziehungen

Die Beendigung des Konsortiums braucht nicht die Beendigung der Kreditbeziehungen zu bedingen. Vor allem wenn eine Bank als Gesellschafterin ausscheidet, die Gesellschaft aber weitergeführt wird, bestehen die Kreditbeziehungen fort.³⁹² In der Regel dauert die Sicherstellung an, und kommt die Sicherheit erst mit der Beendigung der Kreditbeziehungen zur Verwertung. Die Sicherheit als Aktivum der Gesellschaft wird vorerst nicht fällig.³⁹³ Bis die Kreditverträge beendet sind, die Sicherheit verwertet und verteilt ist, besteht das ursprüngliche Konsortium zum Zwecke der Sicherstellung als Liquidationsgesellschaft fort.³⁹⁴ Die Verteilung des Verwertungserlöses richtet sich nach den gesellschaftsrechtlichen Abreden und dem Zeitpunkt des Eintrittes des Auflösungsgrundes, bzw. des Ausscheidens eines Gesellschafters.³⁹⁵

IV. Organisation

Das Konsortium tritt als Aussengesellschaft auf. Es übt, im Gegensatz zur Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen, selbst eine Geschäftstätigkeit aus.³⁹⁶ Sicherungsverträge werden abgeschlossen, Sicherheiten entgegengenommen, verwaltet, verwertet und verteilt. Das Konsortium kann sich durch die geschäftsführende Bank als Geschäfts-

³⁹¹ Vgl. vorne § 11 D IV 2. a) und b) (171 f.).

³⁹² Vgl. vorne § 11 E IV 3. (218 f.).

³⁹³ SIEGWART N.28 zu Art. 548, 549, 550 OR.

³⁹⁴ V. STEIGER 464 f.; BGE 105 II 206 f. E.a; 59 II 423 f. E.3.

³⁹⁵ BOLLMANN 82.

³⁹⁶ Siehe vorne § 11 D VII 1. (178 f.) und E VI (222 f.).

führerin gemäss Art. 535 I OR vertreten lassen. Die Vertretung befriedigt das Bedürfnis nach einer effizienten und praktikablen Wahrnehmung der Rechte und Pflichten. Die Banken sollten jedoch im Gesellschaftsvertrag die Kompetenzen der geschäftsführenden Bank und der Gesellschafterversammlung in dem Sinne festlegen, dass gewisse Geschäfte in den Kompetenzbereich der letzteren fallen,³⁹⁷ und diese auch über die übrigen Geschäfte Beschluss fassen kann. Sonst kann der geschäftsführenden Bank die Geschäftsführungsbefugnis für ihren Kompetenzbereich nur aus wichtigen Gründen entzogen werden.³⁹⁸ Daneben sollte vor allem die Einberufung der Gesellschafterversammlung sowie das Mehrheitsprinzip geregelt werden.³⁹⁹

³⁹⁷ Für wichtige Geschäfte gilt dies schon gemäss Art. 535 III OR (vgl. V.STEIGER 392 ff.).

³⁹⁸ SIEGWART N.2 und 7 f. zu Art. 539 OR; V.STEIGER 399 f.

³⁹⁹ Siehe vorne § 11 D VII 2. (179 f.).

G SCHLUSSBETRACHTUNG

I. Konsortialvertrag und Kreditverträge

Der Konsortialvertrag, d.h. der Gesellschaftsvertrag und die allfälligen, mit diesem verbundenen ergänzenden Schuldverträge, ist von den einzelnen, rechtlich getrennten Kreditbeziehungen der Banken mit dem Kreditnehmer zu unterscheiden. Der Kreditnehmer steht gegenüber dem Konsortium in keiner kreditrechtlichen Beziehung. Nur die direkte Sicherstellung zugunsten des Konsortiums vermag Gesellschaftsvermögen zu bilden, rechtliche Beziehungen zwischen dem Konsortium als einfacher Gesellschaft und dem Kreditnehmer, bzw. dem Sicherungsggeber zu begründen.

II. Typologie des Konsortiums.

Die Innengesellschaft auf indirekte Konsortialvereinbarungen ist rechtlich und im Prinzip auch faktisch nicht nach aussen gerichtet. Die Gesellschaft mit ergänzenden Schuldverträgen tritt zwar nicht rechtlich, aber faktisch als Aussengesellschaft auf. In diesem Sinne ist sie der Form nach eine Innengesellschaft, dem Typus, ihrer Funktion nach hingegen eine Aussengesellschaft, d.h. eine atypische Innengesellschaft.⁴⁰⁰ Nur rechtlich sind diese beide Arten des Konsortialvertrages reine Innengesellschaften.⁴⁰¹ Die Aussengesellschaft wiederum kommt dem Typus der Innengesellschaft insofern nahe, als rechtlich zwar eine gemeinsame Sicherstellung besteht, faktisch aber jede Bank wirtschaftlich einen an ihre rechtlich getrennte Kreditgewährung geknüpften,

⁴⁰⁰ Vgl. STAUDINGER/KESSLER N.92 Vorbem. zu § 705 BGB.

⁴⁰¹ Vgl. SIEGWART N.83 Vorbem. zu Art. 530 - 551 OR; V.STEIGER 344 f.

selbständigen Anteil an der Sicherheit hat. Die verschiedenen Typen sind kombinierbar.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 18.6.1956 in Zürich geboren, wo ich Primarschule und Gymnasium besuchte. 1976 begann ich mein juristisches Studium an der Universität Zürich, das ich 1982 mit dem Lizentiat abschloss. Nach 2 Jahren Tätigkeit in Industrie und Bank nahm ich die Arbeit an der Dissertation auf. Im Jahre 1986 habe ich dann wieder eine Stelle auf einer Bank angenommen.

